image
not
available

2° Bav. 768.
(II

Digitized by Google

5778
76.

<36629953860014

<36629953860014

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Digitized by Google

Sr. Excellenz
Des Frey-Reichs Hoch-Wohl-Gebohrnen
HERRN HERRN
Caspar Schmids,
Frey-Herrns von Haßl, und Pürnbach, Reydau, Brundobl, Schönbrun, Moching, und Sultzbach, Sr. Chur-Fürstl. Durchleucht in Bayern 2c. 2c. weyland geweßten geheimen Raths, Cantzlers, und Obrist-Lehen-Probsts, auch Pflegers zu Aybling 2c. 2c.

Mit unermüdeten Fleiß, und ungemeiner Gelehrsamkeit nach denen Päpstlichen, und Weltlichen gemeinen Rechten, Wie auch Nach denen mit verschiedenen Bischöffen errichteten Verträgen, und Lands-Gewohnheiten ausgearbeit- und verfertigter

COMMENTARIUS
Oder
Auslegung
Des Chur-Bayerischen
Land-Rechts,

Woraus jeder, auch ansonst in denen Rechten Unerfahrner, mit Erspahrung viler Kösten ohne grosse Mühe ersehen wird, was bey einem Rechts-Handel zu beobachten seye, und wie man sich in Gerichts-Sachen zu verhalten habe.

Nunmehro wegen dessen Fürtrefflichkeit, und vilfältigen Verlangen zum Nutzen des gemeinen Weesens, und Behuff kleiner Städten und Märck, auch unstudierter Beamten, Richtern, und Procuratoren in das Teutsche übersetzet, und mit nöthigen Register versehen.

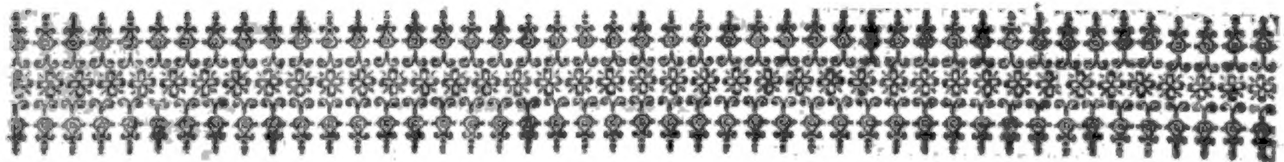
Zweyter Theil,
Enthaltet die letztere neun und zwaintzig Titul.

Augspurg und Würtzburg,
Verlegt von Martin Veith, Buchhändlern. Im Jahr 1747.

Digitized by Google

...sche
...bibliothek
...chen

Digitized by Google



Verzeichnuß

Deren in disem zweyten Theil ausgelegten letzteren neun und zwaintzig Tituln des Chur-Bayrischen Land-Rechts.

Digitized by Google

TITULUS XXXIV.

De testamentis, & aliis ultimis voluntatibus.
Von Testamentern, und anderen letzten Willen.

TITULUS XXXV.

De institutione, & exhæredatione.
Von Erbsatzung, und Enterbung.

TITULUS XXXVI.

De legitima, & ejus computatione.
Von der Noth-Gebührnuß, und Berechnung derselben.

TITULUS XXXVII.

De codicillis.
Von denen Codicillen.

TITULUS XXXVIII.

De Falcidia, & Trebellianica.
Von der Falcidia, und Trebellianica.

TITULUS XXXIX.

De successione liberorum illegitimorum.
Von Erbschafften der unehelichen Persohnen.

TITULUS XL.

De successione ab intestato in linea ascendenti, & descendenti.
Von Erbschafft ohne Testament in ab- und auffsteigender Lini.

TITULUS XLI.

De successione in linea collaterali, & transversali.
Von Erbschafften auf der Seiten.

TITULUS XLII.

Quomodo in successionibus gradus consanguinitatis numerari, & computari debeant.
Wie man in denen Erb-Fällen die Grad der Siptschafften, und nächsten Freund rechnen, und erkennen soll.

TITULUS XLIII.

De obsignatione, descriptione, & inventatione bonorum illius, qui cum vel sine testamento mortuus est.
Wie die Beschreibung verlassener Haab und Güther von den Erben, auch Vormunderen, und Geschäfftigern beschehen, und die letzten Willen vollzogen sollen werden.

TITULUS XLIV.

De executione ultimarum voluntatum.
Von Vollziehung der letzten Willen.

TITULUS XLV.

De pace proclamata, & violatione fredi.
Von Fried-Bott, und Fried-Bruch.

TITULUS XLVI.

De pœnis injuriarum verbalium, & realium.
Von Straff der Schelt-Worten, Unzucht, Rauffen, Heimsuchen, Waffen zucken, und scheiden.

TITULUS XLVII.

De rixis, & pulsatione injuriosa.
Von Rauffen, und Schlagen.

TITULUS XLVIII.

De lapidatione, verberatione, & vulneratione.
Von Werffen, Schlagen, und Verwunden.

TITULUS XLIX.

Quatenus nova statuta ligant contractus, lites pendentes, & alios casus futuros, & præteritos.
Welcher massen die neuen Land-Recht die Handlungen mit Rechtfertigung binden, und zu verstehen seynd.

Zwey-

Digitized by Google

Zweyter Theil Des COMMENTARII, Oder Der Auslegung Des Chur-Bayrischen Land-Rechts.

Des XXI. Tituls

Von der Grund-Herrn Gerechtigkeit zu ihren Güthern, auch um der Bau-Leuth Erb-Recht und Leib-Geding.

Erster Articul.

ES soll kein Verwalter noch Bau-Mann von seinem Herrn fahren, darhinter er gesessen ist, es verreit dann der Verwalter seinem Herrn, alles daß er zu ihm zu fordern hat, und der Bau-Mann soll dem Herrn verreiten, und ihm entrichten, seiner Gült, und seines Berichts, und Guths-Recht, als Heu, Streu, Tungent, und dergleichen, was jedes Orts gebräuchlich ist.

Summaria.

1. Ob ein jeder Verwalter gehalten seye, Rechnung zu geben, und daß ausstehende zu bezahlen?

1. und 6. Ob nicht auch der Bauers-Mann der von seiner Herrschafft ziehet, forderist gehalten seye, die ausstehende herrschafftliche Liefferungen zu bezahlen? Und ob nicht der Herrschafft wegen solchen ausstehenden *Præstationen* das *Jus Retentionis* gebühre?

3. Was unter dem Wort *Canonis* verstanden werde? Und was ein Guths-Bericht seye?

4. Wie mit jenem Verwalter zu verfahren seye, welcher heimlich seinem Herrn verlassen will?

5. Ob ein jeder Herr die *Jurisdiction* über seine Verwalter habe?

7. Ob ein jeder Herr ein stillschweigendes Unterpfand oder *Hypothec* in der Verwalterey Güther auch das Inbehaltungs, und *Executions*-Recht habe?

NAch Inhalt der diesem Titul beschehenen Vorschrifft haben wir hier jene Materie verhanden, welche handlet von denen Rechten, die sowohl denen Grund-Herren, als deren Grund-Unterthanen zu stehen, das ist, diser Titel handle von denen Erb-Rechten, und leibgedinglichen Güthern, und andern dergleichen, welche Recht mehr aus der alt üblichen Gewohnheit und des Vatter-Lands Observanz, als aus denen gemein beschribnen Rechten zu erkennen, und auszulegen. Von welchen allen, ich bey jeglichen Articul daß jene reden werden, was ich durch 40. Jahr gesehen und sonderheitlichen theils in Stritt-Sachen, die an die höchste Dicasteriat fast täglich erwachsen seynd, zumahlen dergleichen Bauers-Leuth vor andern zu Händel und Zweytrach sehr gen igt seynd, wie ich schon anderwerts mich dessen beklagt habe; Theils aber bey meinen eignen Unterthanen, deren ich nicht wenig gehabt habe, weilen sie ihren Rechten steiff instehen.

Der erste Articul dises Tituls haltet in sich nicht allein die Bauren selbsten, sondern auch den Verwalter, welche unterschidlich genannt werden, als Pflegere, oder deren Verwaltere, die Castner, Hoff-Marcks, und Dorff-Richter, Amtmann, Amt-Leuth, Verwalter, Schaffner, wie dann dergleichen Prædicata mehr gefunden werden. Von
1. disen dann allen halte dise Haupt-Regel, daß kein Verwalter oder Untergebner von seiner Herrschafft abweichen, und wircklichen Weg gehen solle, noch könne, er habe dann seiner Herrschafft vollständige Vergnügenheit zuvor geleistet; Und zwar so vil den Amt-Mann betrifft, wie die Verwalter also in Art. 1. tit. 34. der alten Reformation genennt werden, liegt ihme ob, daß er von seiner obgehabten Verwaltung Rechenschafft gebe, und den Rest seinem Herrn bezahle. Zumahlen nicht allein des gemeinen sondern auch des göttlichen Rechts ist, daß ein jeder Verwalter über daß ihme anvertraute Amt Rechenschafft gebe, nach Inhalt Lucä gib Rechenschafft deiner gehaltenen Wirthschafft oder Haußhaltung. Munoz. de ration. administ. cap. 4. per totum. Also daß, wann einer von seiner Herrschafft entweichet, ehe einer über die geführte Verwaltung vollständige Rechnung gegeben, eben darum wider denselben der Verdacht entspringe, daß er wider Pflicht und also doloser Weiß in der Verwaltung gehandlet habe. §. si verò contigerit. auth. de collat. L. 3. cod. de exact. tribut. und also ein solcher bey ehrlichen Leuthen an seinem ehrlichen Nahmen nicht gering und nicht ohne Ursach leide. D. Rath. loc. cit. assert. 95. zu geschweigen, daß nach Inhalt. L. officiales 4. Cod. de Episcop. & Cler. ein jeder Verwalter oder Beamter, welcher den geistlichen Stand anzutretten verlangen wurde, so lang und vil zu solchen Stand nicht zu zulassen seye, er habe dann zuvor seiner Amts-Verwaltung halber vollständige Rechnung gepflogen; Mit disem thuet auch übereinstimmen, was in cap. un. X. de oblig. ratiocin. geschriben stehet, wo zu lesen, daß allein solche Beamte geweicht werden können, die zuvor ihres verwalteten Amts richtige Rechnung nnd Satisfaction gegeben haben. Allwo auch dessen die Ursach beygesetzet wird, weilen nehmlich die Kirch beschimpffet wurde, wann vor abgelegten Rechnungen, und vor gepflogner Richtigkeit dergleichen Beamte geweichet wurden. Uber daß, wann ein Verwalter, der Rechnung zu geben schuldig ist, sich sollte maleficisch verlohren haben, und würcklich über ihme ein Todts-Straff gefället worden wäre, so muß doch die Execution der Straff in so lang verschoben werden, biß die Rechnung von demselben abgelegt und Richtigkeit gepflogen worden. L. 1. Cod. de bon. proscript. Es solle aber solche Rechnungs-Stellung bestmöglichst beschleiniget werden, damit der am Delinquenten die verwirckte Straff vollstreckt werden könne. Gomez. lib. 3 var. resol. cap. 3. vers. secund. cas. Es kan aber kein richtig abgelegte Rechnung genennt werden, es seye dann zugleich auch die Erlag des Rechnungs-Rests wircklich geschehen. Weilen das Verlangen der Rechnungs-Ablegung nichts anders sagen will, als daß der Rest bezahlt werben solle. L. quamvis 32.

ff. de

ff. de condit. & demonst. Munoz. dict. cap. 4. n. 17.

Und ob zwar ein Bauers-Mann, der von seiner Grund-Herrschafft gehen will, eine Rechnung abzulegen, nicht verbunden ist, so doch derselbe heimlich in der Still ohnwissend seines Herrns nicht abweichen, weilen nach Inhalt dises Articuls ihme zwey Stuck zu beobachten obligen: Das erste ist, daß er zuvor seiner Herrschafft die ausstehende Gülten und was er sonsten dem Herrn zu reichen schuldig ist, abgeführt habe. Hierbey ist zu mercken, daß diser Articul nicht recht ähnlich das Wort verreiten gebrauche, zumahlen derselbe dahin nicht zu verstehen ist, als müsse der Bau-Mann oder Grund-Unterthan seiner Herrschafft eine Rechnung ablegen, sondern es hat disen Verstand, daß, weilen dergleichen Unterthanen gemeiniglich einen grossen Rest an ihren schuldigen Gülten und anderen führen, und selten auf die bestimmte Zeit der Herrschafften ihre Schuldigkeiten bezahlen und abstatten, sie über das gelifferte und nicht gelifferte Rechnung geben, und den Rest erstatten sollen. Dahero diser Articul klar meldet, daß der Bau-Mann seinem Herrn verreiten soll, das ist, mit ihme ordentliche Abrechnung pflegen soll. Ob zwar sothane Abrechnung oder vilmehr Richtigkeit-Pflegung für eine solche Rechnung, wie die Verwalter und Beamte abzulegen haben, nicht zu halten ist, so seynd doch solche in vorigen Jahrhunderten, wo die Welt nicht so geschliffen ware, gleich gehalten worden. Der eigenthumliche Verstand nun dieses Articuls ist dieser, daß die Bau-Männer, ehe sie ihre Güther verlassen wollen, zuvor mit ihrer Herrschafft über die gelifferte und nicht gelifferte Schuldigkeiten übereins kommen, und den Rest abstatten sollen, welches diser Articul eigentlich haben will, durch die Wort: Daß der Bau-Mann seinen Herrn verreiten, und entrichten soll seiner Gült :c. Allwo das Wort entrichten: Weit mehrer als das Wort verreiten sagen will.

3. Ob nun zwar diser Articul allein vom Ausstand der Gült, und des Guths-Bericht redet, so werden doch unter dem Wort Gült auch die übrige herrschafftliche Schuldigkeiten begriffen, als da seynd die Bestand, Fron-Dienst, und andere dergleichen, wie sie immermehr zu nennen seynd: Dann ein Unterthan kan von seinem Guth ohne Wissen und Willen des Herrn nicht abweichen, wann er nicht wegen seinen Schuldigkeiten demselben genug gethan hat. Die Ursach dessen ist, weilen das Recht, vermög dessen der Grund-Herr die Gült zu fordern hat, aus eben jenen Brunquell, woher derselbe den Bestand, Fron-Dienst und anderes begehrt, entspringet, wie in nachfolgenden des mehrern abzunehmen seyn wird. Was aber unter dem Wort des Guths-Bericht enthalten seye? weiß ich daß vile offt gezweifelt haben; in der That habe dises Wort des Guths-Bericht disen Verstand, daß der Bau-Mann, welcher von seinen Grund-Herren gehen will, das Guth in baulichen Wesen unterrichtet nach sich verlassen solle, von welcher Unterrichtung auch in denen gemeinen Rechten, und sonderlich in tot. tit. ff. de fund. instruct. & instrum. Legat. L. 2. Cod. de verb. & rerum signif. welchen Rechts-Satz, wann man zu gegenwärtigen Articul appliciren wollte, fürwahr nothwendig seyn wurde, daß die Bauern, welche ihre Grund-Herrschafftliche Güther verlassen, von solchen mit lehrer Hand abweicheten; Dahero kommt es, daß diser Articul jenem, welcher in der alten Reformation vom Jahr 1588. enthalten ist, weit verständlicher seye, und unter dem Wort des Guths-Bericht, das Heu, Stroh, Dung und dergleichen verstanden werde, wie jedes Orths Gebrauch und eingeführte Ublichkeit ist; Ob zwar hierdurch noch nicht allerdings der Zweifel gehoben, was eigentlich unter dem Wort Guths-Bericht zu verstehen seye, so scheinet mir doch erstlich gewiß zu seyn, daß unter dem Wort des Guths-Berichts all dasjenige nicht verstanden werden, noch darin enthalten seye, was der Bau-Mann zur Zeit, als er das Guth bemayret, an Knechten, Diernen, an Vieh, Schiff und Geschirr, an Pfliegen, Oeggen, Wägen, Kärren, und andern zum Feld-Bau dienlichen, und zu Einsammlung der Früchten, auch derselben Aufbehaltung erforderlichen Bau-Manns Fahrnussen in Besitz hatte. Zumahlen dises die tägliche Erfahrenheit Sonnen klar beweiset, daß die Grund-Unterthanen, nachdeme sie ihre Güther entwederes an andere verkaufft, oder der Grund-Herrschafft heimgeschlagen haben, alles Vieh samt aller Bau-Manns-Fahrnuß mit sich hinweg nehmen, oder an andere verkauffen, oder ihren Erben hinterlassen, ohne daß ihnen deßwegen von der Grund-Herrschafft etwas in Weeg könnte gelegt werden. Ich halte doch andertens darfür, daß wegen des Heu Streu, und Dung mehr für den Grund-Herren zu stehen seye, also daß solche 3. Stuck bey dem verlaßnen Guth verbleiben sollen, mithin der Guths-Bericht in Chur-Bayern über dises weiters schier nichts enthalte, und in sich begreiffe. Und obschon drittens dieser Articul die Wort beysetzet, und dergleichen, so ist doch nicht zu wissen, was durch solche Wort eigentlich wolle verstanden werden, dann wann man behaupten wollte, daß diser Articul

Digitized by Google

auf den Saamen abzihle, so ist doch solches nicht wahrscheinlich, dann weilen die tägliche Erfahrung gibet, daß die Güther in jenem Stand, in welchem sie bey der ersten Verleihungs-Zeit gewesen, müssen wider dem Grund-Herrn zugestellt werden, so entspringet gleich jener Unterschid, daß, wann zur ersten Verleihungs-Zeit das Guth besser gewesen, solches besamter dem Eh-Herrn wider zugestellt werden müsse, wann es aber dem Bau-Mann unbesaumt anfänglich übergeben worden, daßselbe sodann auch der Herr unbesaumt wider zuruck nehmen müsse; Dann niemand mehr zuruck zu stellen genöthiget werden kan, als was er vom Grund-Herrn empfangen hat. Es wäre dann Sach, daß ein Bauer frevelhaffter Weiß die Besaamung der Aecker unterliesse, dann daß alsdann nicht allein der Saamen sondern alle Kösten und Schäden vom Grund-Herrn begehrt werden können, kaum etwer seyn wird, der daran zweiflet. Ob aber viertens ein Bauer, so daß Bestand-Guth aufgibet, wenigist mit einen Theil vom Heu, Gestreu, und Tung mit sich zu nehmen befugt seye? Da muß man sehen, was jedes Orts Gewohnheit und hergebrachte Observanz seye. Dann es gibt vil Bauern, welche zu Unterhalt: oder Massung des Viehes sich besondere eigene Aecker und Wiesen beyschaffen, von den Pfarr-Herren und andern die Zehenden bestehen, und dergleichen mehr als gute Hauß-Männer sich beybesorgen, welchen fürwahr noch Proportion solchen Eigenthums und Verbesserung der natürlichen Aequanimität noch etwas am Heu, Gestreu, und Dung zu zulassen ist, ohnerachtet daß das Land-Recht mehr für den Grund-Herrn zu lauthen anscheinet, weilen gemäß desselben denen Grund-Unterthanen nicht erlaubt ist; Daß sie neben den besitzenden Mayerhoff noch andere eigne oder zufällige Stuck besitzen können, wie wir in eben disen Titul an seinem Ort noch sehen werden; Ligt also solchem Bauren ob, die Prob zu machen, was und wie vil er aus solchen Neben-Gütheren wahrscheinlich erworben habe.

Nun entstehet die Frag, wann ein Verwalter, oder Beamter, oder ein Bau-Mann wider das bißhero erzehlte Verboth jedoch heimlich davon gienge, und hinter der Thür Urlaub nehmete, wie wäre mit ihme zu verfahren? Von diser Materie zu reden wird der nachfolgende 16. Articul Anlaß geben; Indessen will ich disen Unterschid machen, erstlich ob die Red seye von einem Verwalter, Pfleg, Richter, oder sonst einen Beamten, welchem die Besorgung der herrschäfftlichen Güther und Sachen anvertraut worden, der vor abgelegter Rechnung die Flucht genommen? oder ob die Red von einem Bauers-Mann, welcher sein Guth ohne Abführung der Gült, des Bestands, und der Fron-Dienst und anderer Schuldigkeiten, hinterrucks verlassen?

Wann ein Verwalter oder Beamter heimlich seinen Herrn ändert, und von ihme abweichet, so ist weiter zu unterscheiden, ob dessen Herr des Vatter-Lands Gewohnheit nach über seinen Beamten die ordinari Jurisdiction habe? Oder nicht? Hat ers, so kan er seinen Beamten vermög habender Jurisdiction mit all seinen Sachen auffangen, arrestiren, und einlegen, biß er Rechenschafft gebe, und den Rest seiner Verwaltung bezahle; hat der Herr die Jurisdiction nicht, so ist nöthig, daß der Herr den austrettenden Beamten, bey demjenigen, so die Jurisdiction hat, mit Arrest zu belegen, und Handfest zu machen, auswürcke, so lang und vil, biß der Arrestirte seinem Herrn wird Satisfaction gegeben haben; wie in art. 19. der Land-Recht deß mehrern angeführt worden. Oder wann der Beamte schon würcklichen heimlichen entwichen, da kan der Herr denselben als einen flüchtigen Schuldner nachjagen, wie schon ad art. 2. tit. 13. & in seqq. angeführt worden. 4.

Hierbey ist doch wohl zu beobachten, daß nicht ein jeder Herr, welcher einen Verwalter aufstellet, über seinen Beamten die Jurisdiction oder Gerichts-Zwang habe, dann es ist ein Unterschid zu machen unter adelichen und gemeinen Persohnen; Die adeliche Persohnen, welche entweders von der Geburth aus oder sonderbahrer Gnad des Lands-Fürsten den Adel und die davon abstammende Recht und Gerechtigkeiten erlangt haben, und also der Edel-Manns Freyheit fähig seynd, haben nicht allein über ihre gemeine und einschichtige Unterthanen, sondern auch über denen Unterthanen aufgestellten Verwalter, Pfleger, oder Richter die niedere Gerichtbarkeit; in Gegenspihl aber die gemeinen Persohnen, ob sie schon einer Gemeind oder Hoff-March ihre Richter aufstellen, können doch sich einer Jurisdiction oder der niederen Gerichtbarkeit wohl bedienen, weilen, wie anderwerts schon abgeredt und ausgelegt worden, die Jurisdiction dem Grund oder der Hoff-March anklebet, doch aber haben sie auf denen einschichtigen Gütheren keine Jurisdiction oder Gerichts-Zwang, können also sich selbsten kein Recht sprechen, noch ihre Beamte wegen des Rechnungs-Rest handfest machen, noch denselben in einen Kercker werffen, sondern müssen dieselbe gleichwohlen bey dem ordentlichen Richter belangen, und die Klag wie Rechtens fortsetzen. 5.

Ein

6. Ein andere Bewandsame hat es mit denen Bau-Männern, und Grunds-Unterthanen, welche ihre Güter verlassen, dann weilen dem Grund-Herrn nicht allein in der Bau-Manns Gerechtigkeit, und denen daraus ziehenden Früchten und Genuß ein Unterpfand und Hypothec genannt mit dem Vorrangs-Recht, sondern auch in denen übrigen dem Bau-Mann zugehörigen Sachen, welche in dem zu bemayern gehabten Guth angetroffen werden, als in Vich, Schiff und Geschirr, Bau-Manns Fahrnuß, und andern mehr ein stillschweigendes Unter-Pfand oder Hypothec, doch ohne Vorrangs-Recht zuständig ist, wie ad tit. 1. art. 9. des Gand-Proceß angemerckt worden, da hat der Grund-Herr das Recht, solche Sachen bey sich zu behalten, und nicht abfolgen zu lassen, biß er seines Schadens sicher gestellt seye, also daß ihme nicht nöthig ist, erst bey dem ordentlichen Richter Hülff zu suchen.

7. Nun entstehet die Frag, ob nicht ein Herr wider seinen Verwalter oder Beamten sich des Pfand-Recht, sonsten das Retentions-Recht genannt, gleichwie sich der Grund-Herr wider seinen Grund-Unterthanen dessen bedienen darff, bedienen könne; zumahlen disem wegen der Verwaltung auch des Verwalters alle Haab und Güther stillschweigend verhypotheicirt zu seyn anscheinen will? Hierauf antwortet der Doctor Rath. Loc. cit. assert. 95. daß solches nicht seyn könne, und thuet dabey nicht allein denen Gemeinen sondern auch denen adelichen, und übrigen Dorffs-und Schloß-Herrschafften, daß sie in ihrer Richter, Hauß-Pfleger, oder Bau-Meister Haab und Güther ein stillschweigendes Unter-Pfandt oder Hypothec haben, lediglichen absprechen; Weilen aber ermeldten Herrn Doctoris Rath denen allgemeinen Rechten noch zwar wahr; vermög der Chur-Bayrischen Land-Recht aber irrig anscheinet, weilen in art. 18. tit. 2. des Gand-Proceß. Allen Herrschafften und Obrigkeiten in ihrer Verwalter Haab und Güther ohne Unterschid der stillschweigende Unter-Pfand-Recht zu gestanden wird, wie ich allda solches klar genug vor Augen gelegt habe. Als muß ein weitherer Unterschid unter denen Grund-Herrschafften, welche nehmlich die Jurisdiction, und welche den Gerichts-Zwang nicht haben gemacht werden, also daß die erstere wider ihre Verwalter und Beamte nicht allein mit Arrestirung dero Haab und Güther fürfahren, sondern auch die Execution wider selbe erkennen und vollstrecken lassen können, biß sie ihrer Verwaltung halber Richtigkeit gepflogen. Die andere aber den ordentlichen Richter oder Obrigkeit angehen, und also mittelst ordentlichen Weeg Rechtens daß ihrige suchen müssen.

Ich bin zwar öffters wegen des Herrn D. Raths obangeführter Rechts-Meynung mit andern Chur-Bayrischen Räthen in einen Disput gerathen, welche meistens des D. Raths Meynung beygestimmet, und darvor gehalten, daß des 18. art. Zweyter Titel des Gandt-Proceß. Nur von derjenigen Obrigkeit zu verstehen seye, welche eine gantze Gemeind vorstellet, mithin allein solcher Obrigkeit die stillschweigende Hypothec zuraume, und keiner anderen Obrigkeit. Daß aber deme nicht also seye, ist von darummen sattsam zu erweisen, weilen in erst bemelten Artitul das absönderende Wort oder beygesetzt wird, wie die Formalia lauthen: die von einer Gemein, oder Obrigkeit eine Verwaltung haben. Fürwahr, wann dise Worth nicht abgesönderter, sondern zusammen gesetzter zu verstehen wären, so wäre auch denen Prälaten, und Klösteren in ihren Hoff-Marchen wider ihre Richter-Verwalter oder Bau-Meister kein Hypothecs-Recht zu gestatten, weilen die Prälaten und Klöster mit ihren Hoff-Marchen denen andern weltlichen Hoff-Marchs-Herrn lediglich gleich gehalten werden. Wo doch das Gegentheil practicirt, und denen Prälaten und Klösteren nicht allein das Recht der stillschweigenden Hypothec, sondern auch nach Inhalt Art. 15. Tit. 2. des Gandt-Proceß, mit der Freyheit des Vorrangs-Recht in die sechste Stell zugesprochen werde. Wann aber sagen wilst, es haben die Klöster in ihren Hoff-Marchen das Hypothec oder Unter-Pfands-Recht in ihrer Verwalter Haab und Güther nicht, also haben sie auch das Vorrangs-Recht nicht, zumahlen wann das Unterpfand-Recht zerfallet, nothwendig auch das Vorrangs-Recht zerfallen muß, weilen eines ohne das andere nicht bestehen mag. Weit subtiler hat mir einstens ein Chur-Bayrischer Rath geantwortet: Daß in bemeldem Art. 18. Tit. 2. des Gandt-Proceß enthaltene Wort von einer Obrigkeit allein zu verstehen seye von jener Obrigkeit, welche als Obrigkeit von Amts wegen einem andern eine Verwaltung auftraget, da selbe zum Exempel denen Unsinnigen, Verschwenderen, Stummen und Tauben Pfleger oder Vormünder bestellet, nicht aber von jener Obrigkeit, welche ihre Sachen einem anderen zu verwalten um ein jährlichen gewisen Lohn und Einkommen anvertrauet. Weilen nun aber ermelder Articul von solchem Einwurff und Unterscheidung der Obrigkeit mit keinem Wort eine Meldung machet, so sehe ich nicht warum die Wort des allegirten Articuls so eng sollen eingeschränckt werden, wie gedachter Chur-Fürstlicher Rath vor-

geben wollen. Zu deme hindert auch nichts jene beygebrachte Unterschidung zwischen deme, was die Obrigkeit von Amts wegen zu Lieb der Unsinnigen, Verschwenderen, Stummen, und Tauben veranstaltet, und was dieselbe in eigner Anliegenheit mittelst Zulassung einer Verwaltung thuet; Angesehen aus dem Art. 15. Tit. 2. des Gand-Proceß klar abzunehmen ist, daß die Verwalter, welche von denen Städten, Klöstern, Kirchen, und milden Stifftungen gegen jährliches Einkommen und Besoldung bestellt werden, Haab und Güther der getreuen Verwaltung halber stillschweigend ihrer Herrschafft verhypothecirt seyen. Warum sollen dann andere Obrigkeiten, ob sie schon von höheren Herrn als Obrigkeit bestellet worden, durch Annehmung ihrer Beamten nicht auch auf dero Haab und Güther ein stillschweigende Hypothec erlangen können? Was von denen Unsinnigen, Verschwenderen, Stummen, und Tauben und deren Pflegeren gesagt worden, kan zu ermelden 18. Art. nicht gezogen werden, weilen dergleichen armseelige Leuth wie die Waysen und Minderjährige privilegirt seynd, und also wie die Waysen in dero Vormunderen, dise auch in derer Verwalter Haab und Güther ein stillschweigende Hypothec erlangen. L. tutor administrationem ff. de furt. Munoz. loc. cit. cap. 39. n. 4. Gutierez de tutel. part. 2. cap. 16. n. 22. & seqq. Von disen Leuthen redet gegenwärtiger Articul nichts, weilen derselbe insgemein mit sich bringet, und statuirt, daß denen Grunds-Herrschafften in der Verwalteren Haab und Güthern ein stillschweigende Hypothec zugestanden werde, dise Hypothec nicht von Tag des gemachten Ausstands sondern vom Tag der übernommenen Verwaltung den Anfang nehme, unter andern Verwaltheren auch lediglich auch diejenige benahmset, welche von der mit der Jurisdiction begabten Obrigkeit aufgenommen worden; Dergleichen ja auch ein rechtmässiger Hoff-Marchs Herr, oder dessen Possessor ist. Hiervon doch ich dem günstigen Leser die weithere Untergriblung überlasse. So ist die Sach um so zweiffelhafftiger, weilen in denen gemein beschribnen Rechten für die gemeine Privat-Grund-Herrn kein eintziger Text aufzubringen ist, welcher denenselben in deren Verwalteren Haab und Güther ein stillschweigende Hypothec zu eignete. Lese den Manticam de tacit. & ambig. convent. lib. II. tit. 12. & 13. n. 28. auch die Gewißheit, welche ansonsten zu Behauptung eines Unterschids zwischen denen gemeinen Rechten und des Land-Rechts erfordert wird, in ersagtem 18. Art. so offenbahr nicht ist, habe also solche Gewißheit zu allegiren auch unterlassen.

Der andere Articul.

Fährt ein Mayer einem Herren ohn dessen Willen von seinem Guth, darauf er gesessen ist, oder daß er zu einem zu Bau gehabt hat, so soll das Gericht dem Mayer biethen, und ihme darzu halten, daß er wider auf das Guth komm, und davon nicht fahre, er bezahl dann zuvor dem Herrn seine Gült. Mag aber der Mayer beweisen, daß er seinem Herrn die Gült allbereit bezahlt haben, daß soll er geniessen. Kunte oder wolt er aber daß nicht thuen, so soll der Richter den Mayer darzu halten, daß er die Gült und Guths-Bericht zahl, und ausricht, wie in vorgehendem Articul geordnet ist.

Summaria.

Oder Inhalt dises Articuls.

1. Wie vielerley es Herrschafften gebe, und was für ein Unterschid unter denselben gebe?
2. Ob ein mit dem Gerichts-Zwang versehner Herr den von sich abweichenden Unterthanen an der Persohn aufheben, und seine habhafft arrestiren könne.
3. Was von jenem Herrn zu sagen seye, der keinen Gerichts-Zwang hat?
4. Ob der Herr, da der Mayer mit seinen Willen weggegangen, und die Herrschafftliche Schuldigkeiten nicht bezahlt hat, wider ihme verfahren könne?
5. Was unter denen herrschafflichen Schuldigkeiten verstanden werde?
6. Wann der heimlich entwichne Mayer von seinem Herrn zuruck beruffen wird, ob der Mayer zuruck zu schicken seye?
7. Was zu thun, wann ein solcher Flüchtling nichts hat, womit er nach beschehner Zuruckschickung seinem Herrn bezahlen könnte?
8. Ob ein Mayr frey abziehen könne, wann er seinem Herrn nichts schuldig ist?
9. Werden aufgelöst die Einwürff, welche wegen der Lehen gegen die Grund-Güth pflegen gemacht zu werden?

In

In gegenwärtigem und nachfolgendem Articuln wird von denen Verwaltern und Amt-Leuthen keine Meldung mehr gemacht, sondern wird lediglich allein gehandlet von der Bau-Leuth, Mayer, oder Unterthanen Gerechtigkeiten, und Befugnussen. Anfänglich aber um disen Articul recht zu verstehen, was des Richters Amt seye, wann zwischen dem Herrn und dem Bau-Mann wegen der Gült ein Stritt entstehet, ist aus oben schon gemelden Umständen ein dreyfacher Unterschid zu machen.

1\. Die erste Gattung der Grund-Herrn machen aus die adeliche Persohnen, welche in ihre Unterthanen die niedere Gerichtbarkeit, oder Hoff-Marchliche Obrigkeit haben. Die andere Gattung begleiten die Unadeliche, welche in ihre Unterthanen kein Jurisdiction haben. In der dritten Gattung seynd begriffen, jene Persohnen, welche zwar wegen Abgang des Adels die Jurisdiction über ihre Unterthanen und Mayer den Gerichts-Zwang nicht haben, doch aber einem Land-Stand einverleibt seynd, wie da seynd die Prälaten, Pröbst, Abbtißinen, Städt und Marckt-Fleck, welche dreyfache Unterscheidung daß wohl verstanden werde, demjenigen erforderlich ist, welcher disen Articul vom Amt des Richters, wie die zwischen denen Herrschafften und ihren Grund-Unterthanen entspringende Stritt und Zwistigkeiten zu entscheiden seyn, der hat höchst vonnöthen, daß er vorbeschribnen Herrschaffts-Unterschid wohl begreiffe.

Gegenwärtiger Articul bringt also mit sich, daß, wann ein Mayer ohne Wissen und Willen seines Herrn das Mayer-Guth verlassen will, ihme Mayer das Land-Gericht befehlen solle, daß er wider zu dem verlassenen Guth zuruck kehre, oder wann der Mayer solches würcklich noch nicht verlassen hätte, er so lang darauf verbleibe, biß er seinem Herrn wegen der schuldigen Gült Vergnügenheit wird gegeben haben. Dise Worth des Articuls seynd aus gemeldter Reformation von Anno 1588. genommen worden, und haben ein weit anderes Fundament, von welchem wir hernach reden werden, als was das uralte Bayrische Statuten-Buch vom Jahr 1384. §. ob ein Bauer von seines Herrn Guth fährt, mit sich bringet. Ich will die Wort dises Articuls in nachfolgende Ordnung eintheilen.

2\. Dann es ist zu beobachten, ob der Grund-Herr in seinen Grund-Unterthanen, welcher von dem ihme überlassenen Guth abweichen will, die Jurisdiction habe oder nicht? Hat der Herr die Jurisdiction so ist vor sich selbst ein klar ausgemachte Sach, daß sodann das Gericht, der Pfleger, Pflegs-Verwalter, oder der Land-Richter, von welchem in disem Articul allein Meldung geschihet, nichts mehr zu thuen habe, und sein Amt stillschweige. Es scheinet daß dise Verordnung in die Bayrische Statuta, aus einer uralten Lands-Observanz, eingeschlichen seye, vermög welcher, wie anderwärts schon gemeld worden, alle Jurisdictions-Gattungen ohne Ausnahm, wie Aventinus redet, allein dem Lands-Fürsten zuständig waren, welcher sodann solche in dero Nahmen zu verwalten denen Land-Gerichtern anvertraut; nachdeme aber nach Inhalt des Ottonianischen und Albertinischen Privilegii, welches das sechzigste Versprechen, oder die Sechzigste handfest genennet wird, die Jurisdictions-Beschaffenheit in Bayern ein gantz andere Form und weit anderes Ansehen erhalten, so hätte nicht unbillich auch dessen eine Meldung in disem Articul geschehen sollen.

Wann dann der Grund-Herr über seinen Unterthanen entweders, weil er ein Hoff-Marchs Unterthan ist, oder, weil der Herr der Edelmanns-Freyheit fähig ist, die Jurisdiction hat, so ist der Herr nicht schuldig das Land-Gericht anzugehen, sondern er kan sich selbst rechtschaffen, seinen Grund-Unterthanen, der von ihme heimlich zu fliehen suchet, in den Kercker mit Eissen und Bandt geschloßner einhalten, und wider ihme am Leib oder seinen Güthern und habhafft executivè verfahren, nicht anderst als wie wider einen flüchtigen Schuldner zu verfahren seye, ich schon oben bey dem 14. Titel gesagt habe. Aus disem folget nun, daß gegenwärtiger Articul allein von denen Mayern und jenen Grund-Unterthanen zu verstehen seye, welche solche Herrschafften haben, die ich oben unter dem zweyten Unterschid der Herrschafften verstanden habe, nehmlich die so weder Hoff-Marchs Unterthanen haben, noch der Edelmanns-Freyheit fähig seynd. Dann dise haben kein anderes Mittel, als daß sie zu dem ordentlichen des Bau-Manns Richter die Zuflucht nehmen, welchen Richters, wie diser Articul meldet, sein Amt ist, den Bauren besag habender ordinaren Jurisdiction dahin anzuhalten, daß der Bauer von seinem Guth nicht abweiche, oder da er schon abgewichen ist, wieder zuruck kehre, und zuvor seiner Grund-Herrschafft die ruckständige Gült bezahle. Wann aber der Unterthan darwider setzte, er habe seinem Herrn schon alle Schuldigkeiten abgeführt, so ist ein solcher Mayer oder Bau-Mann anzuhören, und die Sach wie gewöhnlichen Rechtens zu untersuchen, und zu verscheiden.

Von der dritten Gattung der Bau-Leuth oder Grund-Unterthanen, welche mit aller Jurisdiction einer andern Obrigkeit 3.

keit unterworffen seynd, und mit dem Gerichts-Zwang dem Grund-Herrn nicht, sondern solchem allein wegen ihrer Güther zugehören, welcher Grund-Herr einem Land-Stand einverleibt ist, sage ich, seye mehrmahlen ein Unterschid zu machen, ob nehmlich der vom Guth zu weichen vorhabende Bauer noch etwas in dem verlassenden Guth an Früchten, oder sonst eingebrachten Mobilien habe? Oder solch alles schon anderwertshin verschleppet habe? Wann das erste: So kan sich der Grund-Herr vermög des 40. Art. Part. 2. der erklärten Lands-Freyheit daran pfendten und halten, als daß er sich selbsten mittelst solch verhandenen Früchten oder andern eingebrachten Sachen Satisfaction verschaffen könne, mithin nicht nöthig habe, daß er bey dem Land-Gericht recht suche. Gesetzt aber der Unterthan wäre würcklich schon durchgegangen, alsdann muß der Grund-Herr des Flüchtlings Obrigkeit suchen, und nach Innhalt dises Articuls wider denselben die Klag führen, welch alles gar leicht in disen Articul hätte auch beygeruckt werden könne.

4. Uber das seynd zum besseren Begriff dises Articuls wohl zu beobachten; Erstlich daß der Articul allein von jenem Bau-Mann rede, welcher ohne Wissen und Willen seiner Grund-Herrschafft entweichet, dann, wann die Entweichung des Bau-Manns mit Wissen und Willen des Herrn geschehen, so kan weder jener Herr, welcher über den Bauern die jurisdiction hat, noch jener Herr, welcher einem Land-Stand einverleibt ist, will weniger der nur Grund- und Sack-Herr ist, den entflohnen zuruck ruffen, sondern muß gleichwohlen sein Recht bey des entwichenen ordentlichen und rechtmässigen Richter von darummen suchen, weilen was mit Willen und Wissen zweyer Parthenen einmahl geschlossen worden ist, ein solches von einer Parthey allein nicht mehr kan umgekehrt werden. L. nihil tam naturale 35. L. fere 153. ff. de R. I.

Andertens, daß jenes, was wir geredt haben, von Entweichung des Grund-Unterthanens, nicht allein Platz finde, wann der Bauers-Mann von einem Hoff oder Haupt-Guth, sondern auch, wann derselbe von einem zu Bau abwichet, die Ursach dessen ist, weilen diese beyde Güther nehmlich das Haupt-Guth, und der Zubau einer Natur und Wesenheit seynd, gleichwie nun der Bauer seinem Herrn mit Verlassung des Haupt-Guths nicht præjudicirlich seyn kan, also kan er seinem Herrn auch mit Verlassung des Zubau-Guths nicht schädlich seyn.

5. Drittens, daß, ob zwar diser Articul allein von der Gült rede, solches doch auch von andern herrschafftlichen Schuldigkeiten zum Exempel. Wann ein solch entflohner Bauers-Mann seine jährliche Gült fleißig entrichtet hat, aber den Bestand, oder das Hand-Lohn oder andere herrschafftliche Schuldigkeiten, denn wie wir an seinem Orth sehen werden, der eingeführten Gewohnheit nach vilerley seynd, noch schuldig wäre, so kan fürwahr deßwegen auch arrestirt, oder zuruck beruffen werden, nicht anderst als wann er die Gült noch ausständig wäre. Dises lehret ausführlich der oben angeführte 40. Art. Part. 2. der erklärten Lands-Freyheit, ist auch solches aus dem vorgehenden Articul abzunehmen, allwo von dem Guths-Bericht eben das jene was von der Gült geordnet wird, und damit du nicht meynest, daß die Hand-Löhner und andere herrschafftliche Schuldigkeit weniger als die Gülten privilegirt seye, so betrachte des 9. Art. Tit. 2. des Gandt-Proceß. Allwo, nachdeme der Grund- und Herrn-Gült sonderheitlich gedacht worden, insgemein alle andere herrschafftliche Forderungen und in in Articul 11. gegenwärtigen Tituls der Land-Recht auch die Anfäll und Obfahrt angezellet werden.

Viertens, daß gegenwärtiges Verbott, 6. daß kein Bauer sein Guth ohne Wissen und Willen des Grund-Herrn verlassen solle, nothwendig mit sich bringe, daß der Bauer zuruck könne beruffen werden, wann die Entweichung heimlich hinter der Thür geschehen, dann ob zwar, wie wir schon öffters gesagt haben, nicht mehr in dem Gebrauch ist, daß dergleichen Leuth mehr pflegen gestellt zu werden, so ist doch dises allein von ausländischen unterschidlichen Provintzen und Länderen zu verstehen, dann weilen der Fürsten-Potentz-Macht- und Lands-Fürstliche Superiorität gewachsen, indessen hat die gut freundliche Nachbarlichkeit abgenommen, also, daß unter dem Vorwand der besitzenden Landts-Fürstlichen höchsten Obrigkeit die Stellung dergleichen Flüchtling abgeschlagen werde, welche doch der Höfflichkeit und Billigkeit nach geschehen sollte. Denen Oesterreichern können wir doch das Lob geben, daß, als ich von einem grossen Herrn die Stellung meines flüchtig wordenen Breu-Meisters verlanget, derselbe mir freundlichst geantwortet habe, ob der Flüchtling an das Ort der geführten üblen Haußhaltung mit Eisen und Band geschloßner gestellt, oder demselben daß er sich freywillig stelle, anbefohlen, indessen aber seine Mittel, biß ich Satisfaction werde erhalten haben, mit Arrest belegt werden solle? Dises wäre fürwahr eine gute Observanz die nichtswerthe

werthe Haußhalter, welche unter der Hoffnung frey mit der Flucht durchkommen zu können ihre Herrschafften betriegen, abzuschrecken. In unserem Bayrischen Vatterland ist nur gar zu gewiß, daß ein jeder Richter auf beschehnes suchen oder erhaltne Compass-Schreiben schuldig seye, den entflohnen Bauern seinen Herrn zu stellen, nach Inhalt des 16. Art. dises Tituls und Art. 18. item Art. 25. part. 2. der erklärten Lands-Freyheit, dann Art. 8. Tit. 27. der Land-Recht. item nach Inhalt des Art. 4. Lib. 1. vers. schreiben an die Landsessen, der Lands- und Policey-Ordnung. Wann also der entflohne gestellt wird, so kommt es darauf an, daß der Herr, welcher über den entflohnen die Jurisdiction hat, sich selbsten recht schaffen könne, dann das Stellungs-Recht nicht allein erforderet, daß die entwichne Persohn, sondern auch mit seinem Haab und Guth, so er mit sich genommen, gestellt werde, welche habhafft, wann es zur Satisfaction des Herrn erklöcklich ist, von dem Herrn nicht allein exequirt, sondern auch von jenem Herrn, der selbst kein Jurisdiction hat, indessen doch einem Land-Stand einverleibet ist, als ein Pfand inbehalten werden können, sich ein mehrers unten bey dem 16. Art. dises Tituls

7. Was ist aber zu thuen, wann ein solcher heimlicher Flüchtling nichts in Vermögen hat, wovon er nach beschehner seiner Stellung seinem Herrn wegen denen ausständigen herrschafftlichen Schuldigkeiten genug thuen könnte? Hierauf antworten wir, es seye ein gemeines Spruch-Wort, wo nichts ist, habe der Kayser sein Recht verlohren L. nam 15. ff. de dolo malo. und können wir unsere dermahlige Grund-Unterthanen denen alten Leibeignen nicht gleich halten, weilen diser ihr Wesenheit knechtlich gewesen, die Grund-Unterthanen aber frey seynd, also daß der gantze Titul cod. de argricolis, & censitis, mancipiis glebæ terræ adscriptis vel addictis. Auf unsere jetzige Bau-Männer oder Grund-Unterhanen nicht könne verstanden, oder daraus etwas auf sie ausgelegt werden. Fürwahr die Antwort auf vorgehende Frag hanget an der nachfolgenden Frag und Antwort, nehmlich ob ein Grnnd-Unterthan, welcher dem Herrn des Guths an der Gült und andern Schuldigkeiten nichts schuldig verbleibet, vom Guth frey weg gehen könne? Dann, was die herrschafftlich ausständige Forderungen anbelanget, ist kein Zweifel zu machen, daß der Unterthan solche zu bezahlen schuldig seye, aus der Ursachen, weilen der Herr und sein Unterthan sich gegen einander verbunden haben, daß der Herr dem Bauern das Grund-Guth zum Bauen überlassen, entgegen der Bauer die jährliche Gült dem Herrn bezahlen. Dahero kommt es, daß diser Articul mit dem vorgehenden und nachfolgenden 16. Articul so scharff befehle, daß kein Bauer ohnwissend seines Herrn von dem ihme anvertrauten Guth sich entziehen solle, er habe dann seinem Herrn ein vollständiges Vergnügen geleistet: Und wann er hinter der Thür hätte Urlaub genommen, er sodann zuruck beruffen werden könne, in so lang, biß er die herrschafftliche ausständige Schuldigkeiten alle wird abgeführt haben. Von diser Sach schlage auf den Franciscum Conan. L. 7. comment. juris civil. cap. 11.

8. Was aber die Abführ- und Bezahlung der künfftigen herrschafftlichen Schuldigkeiten anbelanget, da leidet die obig gestellte Frag, ob nehmlich ein Grund-Unterthan, welcher dem Herrn des Guths an der Gült und andern Schuldigkeiten nichts schuldig verbleibt, vom Guth frey und ungehindert weggehen könne? Ein mehrere Beschwernuß: Dann daß der Bauer das Guth nicht verlassen könne, halten einige darfür, weilen, wie kurtz zuvor gesagt worden, der Herr und sein Unterthan sich gegen einander verbunden haben, daß der Herr dem Bauern das Grund-Guth zum bauen überlassen, entgegen der Bauer die jährliche Gült und anders so bedungen worden, mehr dem Herrn bezahlen solle; Mithin in keines Theils Gewalt mehr ist, von solchen Contract abzuweichen. L. simul 5. Cod. de oblig. & act. L. 3. & L. 7. Cod. de rescind. vend. Mit diser Meynung stimmet überein Corbul de jur. Emphyt. cap. 8. n. 4. Tyraquell. de retract. §. 34. gl. 1. und dise Meynung scheinet, daß es mit unsern Land-Rechten Tit. 16. übereinskomme, allwo ausdrucklich gesagt wird, wann der Herr verlangt, daß sein heimlich entwichner Grund-Unterthan wieder zum verlassenen Guth zuruck kehren solle, daß der Bauer sodann von denen Land-Richtern ohne Anstand zuruck gestellet werden solle. Zu deme in Art. 9. enthalten, daß der Bau-Mann so lang und vil auf dem Guth zu bleiben anzuhalten seye, biß er dem Herrn einen anderen Bau-Mann stelle, der ohne Abschleifung des Guths, und des Grund-Herrn Nachtheil den Kauff-Schilling oder hinausgab paar oder in zimlichen Fristen bezahlen und erlegen mag: Und ist auch vorgehende Meynung mit deme bestreiffet, weilen ein dergleichen heimlich entwichner zuruck beruffner und gestellter Bauer von seinem Grund-Herren dahin angehalten werden kan, daß, was er an Mitteln nicht bezahlen kan, dasselbe mit der Hand-Arbeit abverdienen müsse.

Dessen doch ohnerachtet haltet D. Rath loc. cit. assert. 96. darfür, es seye denen Bayrischen Land-Rechten weit ähnlicher, daß, gleichwie einem Lehen Trager erlaubt ist, seinem Lehen-Herrn, obwohlen er solches nicht gern siehet, daß Lehen-Guth zuruck zu schlagen, cap. de vasal. qui cont. constitut. Lotar. benefic. alien. Fachin. lib. 7. controv. cap. 60. also auch ein Bauers Mann den Gewalt habe, wann er seinem Grund-Herrn die jährlich verfallne Gült und andere Schuldigkeit n bezahlt hat, daß von seinem Grund-Herrn zum Bauen erhaltene Guth heimzuschlagen, und davon zu gehen. Die Fundament, worauf sich dise Meynung besteiffet, seynd nicht ohne Grund; Das erste ist, weilen gegenwärtiger Articul befiehlt, daß ein der Bau-Mann oder Grund-Unterthan von dem Guth nicht entweichen kan, er habe dann seinem Grund-Herrn wegen denen jährlichen verfallnen Gülten und andern herrschafftlichen Schuldigkeiten vollständige Satisfaction gegeben, und mit ihme alle Richtigkeit gepflogen, in Gegenspihl aber, da der Bauer seinem Herrn nichts an ausständigen Gülten oder andern mehr schuldig ist, diser Articul zulasset, daß der Bau-Mann frey vom Guth abweichen, und sich unter einen andern Herrn begeben könne, wann er nur seinem vorigen Herrn nichts mehr schuldig verbleibet. Uber das setzet diser Articul noch dise Wort bey: Daß er dessen geniessen soll. Wann nehmlich der flüchtige Bauer bereit seye die Prob zu machen, daß er seinem Herrn die jährliche Gülten fleißig geliefferet und abgestattet habe. Was solte aber der Bauer von solcher Prob Machung für einen Nutzen schöpfsen, wann wir darfür halten, daß der Bauer von seinem Herrn könne zuruck beruffen werden, wann der Herr schon an ihme wegen ausständigen Gülten und andern nichts zu fordern habe? Daß also in Hoff-Rath zweymahlen gesprochen worden seye, erzehlet der D. Rath loc. cit. ad Lit. E. obwohlen wir in unsern viertzigjährigen gemachten Notaten dergleichen zu Fahl nicht gefunden, zweyfels ohne aus keiner andern Ursach, als daß unsere Bauers-Leuth ihre fette Bauren-Güther selten auf freyen Willen verlassen, und mehrer Bauern seynd, welche mit ihren Herrschafften, da sie von denen Güthern wollen verstossen werden, als die um freye Entlassung stritten. Auf die widrig eingewendte zwey Articul als 9. und 16. des Land-Rechts ist zu antworten, daß selbe hauptsächlich von zweyen Casibus handlen und ordnen, wann nehmlich der Bauer fliehen, und das lehre Guth hinterlassen wolte, ohne daß er zuvor seiner Herrschafft wegen der Gült oder andern Schuldigkeiten Satisfaction gegeben, oder, wann der Bauer das besessene Guth verkaufft hätte, und den erlesten Kauff-Schilling mit sich nehmen, seinem Herrn aber das lehre Nachsehen lassen wolte, welches ja mit denen vorhergehenden nicht übereins kommete.

Wann man wider obige Meynung einwerffen wolte, daß kein Contract hincken könne, L. 1. ff de rescind. vend. gar zu ungleich aber herauskommen wurde, wann der Grund-Herr seinen Grund Unterthanen nicht nach Gefallen weg thun könnte, entgegen der Bauer lediglich befugt wäre, ohne Ursach den Grund seiner Herrschafft heimzuschlagen. Dah ro dann nicht geringe, sondern hochansehnliche Rechts-Gelehrte dise Ungleichheit nicht zu lassen, wie zu lesen ist bey Corbul. de jur. emphyt. cap. 8. und bey Tiraquell. Loc. cit. §. 34. Gloss. 1. Wir aber antworten hierauf, daß das Bau-Recht mit dem Lehen-Recht dißfalls gleich komme, welches Lehen-Recht, daß es, wann der Lehen-Herr nicht will, dem Herrn vom Lehen-Trager zuruck geschoben werden könne, behauptet Fachin. Lib. 7. controv. cap. 60. per text. in cap. de vasal. qui cont constitut. Lotar. benefic. alien. 9.

Ob nun zwar die Bau-Güther meistentheils nicht umsonst, pflegen mitgetheilt zu werden, gleichwie doch der Lehen natürliche Eigenschafft ist, daß sie umsonst verliehen werden, weilen es Gutthaten seynd, ein jeder aber die erhaltne Gutthat wiedersagen kan, doch, gleich wie ein Lehen, so um Geld gegeben, und empfangen worden, nicht aufhöret ein Lehen zu verbleiben, also auch ein Bau-Guth hört, nicht auf ein Bau-Guth zu seyn, verliehrt auch den Nahmen eines Bau-Guths nicht, obschon der Herr für Verleihung des Bau-Guths Geld angenommen hat. Und daß dise Rechts-Meynung denen gemeinen Rechten ähnlicher seye lehret Conan. dict. lib. 7. cap. 12. und mit ihme D. Rath loc. cit. assert. 96. Lit. C. Dise Rechts-Meynung wird auch aus deme befestiget, daß ein jeder, der ein Guth nutznießlichen Inhalt, solchen ohne Widerred gantz frey wieder verlassen könne. L. cum fructuarius 64. ff. de usufructu. Warum sollte dann nicht auch ein Bau-Mann sein Bau-Guth verlassen können? Es hat uns allezeit jeder Unterscheid, welchen einige unter dem Lehen oder Bau-Guth, so um Geld oder umsonst verliehen worden, machen, für unzulänglich vorkommen, dann wann der nutzniessende sein zu geniessen habendes Guth, welches er auch zu seinem Unterhalt um Geld sich angeschafft hat, verlassen kan, weilen ja dem Eigenthums-Herrn leichter ist, das Guth, so er dem

anderen

anderen zum Genuß gegen Erlag eines Stuck Gelds überlassen, ohne Ruck-Gaab des ihme erlegten Gelds wider als ein Eigenthum anzunehmen, als wann der Eigenthums-Herr den Genuß des Guths umsonst überlassen hätte: Also ist auch von denen Lehen, und Bau-Güthern zu reden, welches um Geld verliehen und überlassen, weilen auch dem Lehen- und Grund-Herrn ersprießlicher ist, wann ihme das um Geld verlassne Lehen oder Bau-Guth zuruck ohne Entgeltung gegeben wird, als wann er solches Guth umsonst verliehen hätte. Zumahlen in dem letztern Fall der Herr allein dasjenige zuruck bekommet, was er zuvor gehabt, in dem vorigen Fall aber nicht allein sein Guth, sondern auch daß für Überlassung des Genuß empfangene Geld bekommet; Jenes möchte noch einen Zweiffel machen, daß die Bau-Männer dem Grund-Herrn entgegen sich verbunden, jährlich die Gült und anderes, so bedungen worden, abzuführen; Gleichwie nun vile darfür halten, daß ein Lehen-Trager, welcher einen gewissen Dienst dem Lehen-Herrn zu versehen hat, das Lehen nach seinem Willen nicht zuruck schlagen könne, also scheine es auch, daß ein Bau-Mann in gleichem sein Guth nach Gefallen nicht verlassen könne, weilen er auch seinem Grund-Herrn verbunden ist, die jährliche Gült und anders zu geben. Hierauf aber wird geantwortet, daß der Bau-Mann von darummen die jährliche Schuldigkeiten abzulegen gehalten seye, weilen er das Bau-Guth beybehaltet, und besitzet. Verlast er aber das Guth, so wird auch die Schuldigkeit der Gült-Erlag erloschen: Gleichwie der Lehen-Trager von Verrichtung seiner Diensten erlediget wird, wann er dem Lehen-Herrn das Lehen zuruck stellet. Wir setzen unser Fundament in unsern Land-Recht an Orthen, die wir oben schon angezogen haben. Weiters möchte einen Zweifel verursachen, es seye in dem 16. Articul. dises Titels mit ausdrucklichen Worten enthalten, daß kein Bau-Mann er mag haben ein Erb-Recht, veranleitete Frey-Stifft, oder Herrn-Gunst, oder Leib-Recht ꝛc. haben (Von welchen wir anderwärts geredt haben, und davon zu reden nachgehends nach Gelegenheit geben wird) Von seinem Güthern nicht entweichen könne, oder, wann er auch entwichen wäre, an allen Orten arrestirt, und zuruck gezogen werden könne, er mag entweders allein oder mit Weib und Kind, oder, was noch mehr ist, mit Vieh Schiff und Geschirr auch aller Bau-Manns Fahrnuß, den Rucken gekehrt, und also das Grund-Guth lehr verlassen haben. Mit was Grund dann mag gesagt werden, daß ein Bau-Mann daß ihme zum Bauen anvertraute Guth seinen Willen nach ohne Hindernuß verlassen möge. Hierauf nun ist zu antworten, es seyen zweyerley Fragen, die erste, nehmlich von welcher wir bißhero gehandlet haben, ist dise gewesen, ob ein Bau-Mann befugt seye seinem Grund-Herrn daß ihme zum Bauen überlassene Guth heimzuschlagen; Welches zu thuen daß der Bau-Mann befugt seye, haben wir wider die sonst gemeine Rechts-Meynung mit Comano und Herrn D. Rath darfür gehalten, weilen dises unser darvorhalten denen Bayrischen Land-Rechten ähnlicher zu seyn erachtet. Die andere Frag aber ist, wann der Bau-Mann hinter der Thür das Guth beurlaubet, und dem Herrn nicht davon meldet, auch keine Auffkindung machet, sondern heimlich mit seinen Mitteln davon gehet, oder wohl sein gehabtes Recht verkaufft, und den Kauff-Schilling mit sich nimmt, oder daß der Kauff-Schilling ihme anderwerts bezahlt werden, veranstaltet, und empfanget, und was dergleichen Betrügereyen, und Hinterlistungen mehr seynd, woran unser Land-Recht in Art. 16. ein Abscheuen traget, wie davon an selbem Orth ein mehrers noch solle abgehandlet werden. Es gezimet sich dannenhero, daß ein Bau-Mann in Anlassung und Zuruck-Gaab des Bau-Guths anfrichtig handle, und, wann er unter eine andere Herrschafft sich verfügen will, seinem vorigen Herrn, ehe er von ihm abweichet, wegen denen ausständigen herrschafftlichen Schuldigkeiten vollständige Richtigkeit und Bezahlung pflege, auch seinen Abschied verlange, welchen, wann der Herr abschlage, von dem höheren Richter leicht erhalten wird, weilen, wie schon gesagt worden, der Herr den Unterthanen nicht aufhalten kan, und also der höhere Richter gebunden ist, dem Bau-Mann Justitz Meßig an Handen zu gehen.

Der dritte Articul.

Welcher Mayer auf einem Guth sitzt, daß er einem Herrn verdienen muß, und vermeint auf dem Guth Erb-Recht oder Leib-Geding zu haben, daß soll den Mayer, wo er nicht glaubwürdige Brieff, und Sigel darummen hat, oder da er einen Herrn-Gunst fürgibt, denselben wie in folgen-

folgenden Articul begriffen, nicht genugsam beweist, weder seinen Herrn kein Nutz und Gewehr fürtragen. Wurde aber der Mayer fürgeben, er hätte das Guth von seinem Herrn bestanden, auf etlich Jahr, wo ihm dann der Herr daß dermassen nicht wollt bestehen, und der Mayer mit zweyen ehrbaren Mannen bezeigen möcht, daß ihm der Herr das Guth auf drey Jahr, und darummen gelassen hab, daß soll der Mayer geniessen. Vermeynt aber der Mayer auf dem Guth mehr Bestand-Jahr, dann drey zu haben, daß soll er mit glaubwürdigen, und nach Ordnung der Pollicey aufgerichteten Brieffen fürbringen und wahr machen.

Summaria.

1. Ob nothwendig über die Verleihung der Mayer-Güther schrifftliche Urkunden aufzurichten?
2. Ob ein Mayer der keine schrifftliche Urkunden hat, sich mit der Verjährung beschützen könne?
3. Ob nicht durch ein 30. oder 40. jährige Verjährung ein Bau-Guth eingeraumt werden könne?
4. Ob unter denen Worten: **Nutz und Gewehr ersitzen:** Nur die ordinari Verjährung zu verstehen seye?
5. Was für ein Unterschid seye unter denen Worten: **Ersitzung Nutz und Gewerbs, oder Verjährung,** oder unter denen cörperlichen und uncörperlichen Gerechtigkeiten?
6. Ob ein schrifftliche Urkund nöthig seye, wann ein Grund-Guth, nur bestandweiß auf mehr dann drey Jahr verliehen wird?
7. Ob ein Bestandts-Verleihung, so auf mehr Jahr geschehen, ohne Errichtung der Brieffschafften wenigstens auf drey Jahr gültig seye?
8. Was ist Rechtens, wann ein Bestandts-Vergleichung ohne Brieffschafften auf zwälff Jahr lang geschehen, mit dem Anhang, daß so vil Bestandts-Verleihungen seyn sollen, so vil drey Jahr-Gäng unter zwölff Jahr enthalten seynd? Ob solches gültig?
9. Ob die Bestandts-Verleihung auf 9. Jahr beschehen zu seyn zu verstehen seye? Wann das Guth nicht alle Jahr, sondern nur das dritte zu bauen ist, und Frucht bringet?
10. Ob die auf 3. Jahr beschehene Bestands-Verleihung oder Guths-Vermüthung ohne Aufrichtung einiger Brieffschafften durch ein stillschweigende Zulassung auf weitere 3. Jahr könne ausgestreckt werden?

1. Obwohlen denen gemeinen Rechten nach sehr zweiffelhafftig ist, ob die Errichtung brieflicher Urkunden nöthig seye, da einem Mayer Erb oder Leib rechte Güther zum bemayern überlassen werden, wie dieser Zweiffel zu lesen ist bey Jul. Clar. ad §. emphyteusis. quæst. 3. und bey Valasc. de jure emphyteut. quæst. 7. einige halten dafür daß die Errichtung der Brieffschafften nicht nöthig seye, mit welchen auch Herr Rath loc. cit. assert. 97. und Franc. Conan. lib. 7. cap. 12. haltet. Einige aber behaupten, es seyen die briefliche Urkunden nöthig. Diser Stritt ist doch in Chur-Bayrischen Statuten aufgehoben, weilen diser Articul für ein Fundament setzet, daß einem Bau Mann die alleinige und blosse Besitzung eines Mayer-Guths nichts helffe, wann er nicht sein Erb-Recht oder Leib-Recht mit authentischen Brieffen werde erwisen haben, als daß hierinfalls mit des Jul. Clari loco cit. und des Cævall. contra commun. quæst. 176. Meynung die Chur-Bayrische Land-Recht übereinstimmen, und dem L. Zenonis. 1. Cod. de jure emphy. nachfolgen, allwo, nachdeme der Kayser Zeno ausgelegt hat, was ein Contractus Emphyteuticus seye, und wie solcher von andern Contracten unterschiden seye, und solcher Pflege geschlossen zu werden? Ausdrucklich noch hinzu gesetzt wird, daß all dasjenige, was unter dem Herrn und dem Bauern abgehandlet und NB. verbriefft worden, auf alle Weiß und Weeg stett vest und unverbrüchig gehalten werden solle, und müsse.

Es hindert auch nichts, wann schon der Kayser Justinianus in §. 3. instit. de locat. & conduct. allwo von dem obigen Zenonischen Gesatz Meldung geschihet, ausdrucklich nicht anführet, daß dergleichen Handlungen verbriefft werden sollen, weilen die 4. Bücher, institutiones genannt, nur ein kurtzer Begriff der gemein beschribenen Rechten seynd; Weilen dann Kayser Justinianus das Zenonische Gesatz an obbesagten Orth genehm haltet, so approbirt er also auch, daß die Verbrieffung geschehen musse, als welche das Zenonische Gesatz eigentlich anbefihlet; noch weniger hindert unsere Meynung jener Vorwurff, daß bey anderen Contracten und Handlungen gemeiniglich nicht erfordert werden, daß sie zu Papier gebracht worden; Dann hierauf ist zu antworten, diß seye zwar wahr, wann nicht das Widerspihl in denen Rechten zu finden ist, wie dißfalls die Aufrichtung der brieflichen Urkunden L. 1. Cod. de jure emphy. anbefihlet, in welchem Gesatz der Kayser

Kayser Zeno wahrscheinlicher dises besondern Befehls die Ursach gehabt haben wird, damit die Erb oder Leib-Geding, welche meistentheils auf unterschidliche Art pflegen eingericht zu werden, desto besser in Stand erhalten werden; Dann wann ein Erb-Geding, welches seiner Natur nach ewig dauret, allein auf denen Gezeigen beruhete, so könnte solches mit der Zeit leicht zu Grund gehen, da die Zeugen entzwischen absturben, wo entzwischen die Brieffschafften, so hierüber errichtet worden, ewig dauren. Hierbey ist doch zu beobachten, daß unser Articul allein de emphyteusi & vitalitio vom Erb-Recht, oder Leib-Recht rede, dann de emphyteusi modali von der veranleiten Frey-Stifft, oder Herrn Gunst wird in nachfolgenden Articul gehandlet, die Ursach dessen ist, weilen die Herrn-Gunst oder Frey-Stifft mehr mit denen Vermuthungen als mit dem Erb-Recht übereinstimmet, daß also zu Erkennung der Frey-Stifft oder Herren-Gunst eine besondere Untersuchung erforderet werde, von welcher wir kurtz hiernach ein mehrers reden werden.

2. Indessen ist zu notiren, 2. daß, wie schon gesagt worden, keinem Erbrechten Bau-Mann die Verjährung zu statten kommen möge, er mag das Guth 20. 30. oder 40. Jahr in Besitz haben. Die uralte Bayrische Statuta reden also: Welch Bauer auf einem Guth sitzt, daß er einem Herrn verdienen muß, jahe der icht Rechtens an das Guth, da soll ihn kein Nutzen noch Gewehr fürtragen: Er bezeig es dann mit Brieffen, on als vill ob der Bauer icht gicht auf Grund, und auf Boden: Und gicht, er hab das Guth zu Jahren, verlandschuld, oder bestanden zu Oedrecht, oder es sey ihm um rechten Dienst gelassen drey Jahr ohn Pfenning, das ist, wann ein Bauer ein Guth besitzet, welches er dem Herrn verdienen muß, anbey verlanget, er hätte ein Recht zu dem Guth, disem kan kein Verjährung zu gutem kommen, er erweise dann mit brieflichen Urkunden, was für ein Recht er zu dem Guth habe, und wann der Bauer sagt, daß er das Guth vermuthungs-weiß für ein jährliche nicht in Geld bestehende Liefferung empfangen habe; Welche Wort keinen anderen Verstand haben, als daß jener, der in eines fremden Guth mehr Recht als nur die blosse Vermuthung auf mehr dann 3. Jahr forderet, sich auf den Besitz oder Verjährung nicht beziehen könne, wann er nicht sein Recht mit Brieffen erweiset. Hiemit stimmet übereins jener Articul der alten Reformation vom Jahr 1588. Tit. 34. Art. 3. allwo geordnet wird, daß ein jeder Mayer, der keine versieglete Brieff hat, keine Verjährung seinem Herrn vorschützen könne, welche Verordnung in denen neuesten Chur-Bayrischen Statuten unter gegenwärtigen Articul widerholet werden.

3. Dahero dann 3. zu mercken ist, wann ein rechter wahrhaffter Erbrechter Mayer, welcher sein Recht in seine Erben zu überlassen befugt, oder ein Leib-rechter Mayer, der das Guth allein auf sein Leib Leben lang inhat, mit Zeugen probiren könnte, daß ihme ein Erb-Recht, oder Leib-Recht von dem wahren Grund-Herrn käufflich überlassen worden, daß ein solch erlangtes Recht der Mayer weder in 5. oder 10. weder in 10. oder 20. Jahren verjähren könne; Die Ursach ist, weilen die Verlassung eines solchen Erb-Recht oder Leib-Rechten Guths nicht anderst als immittelst Errichtung der briefflichen Urkunden geschehen kan, wann die Brieffschafften abgehen, ist auch der geschlossene Contract unkräfftig und nichtig, auf einen nichtigen Contract aber die Verjährung sich nicht besteiffen oder fundire oder einen Anhang nehmen mag.

Zu mercken ist 4. Wann einer vom wahren Grund-Herrn ein Erb-Recht oder Leib-Rechtes-Guth ohne darüber verfaste Brieffschafften in Beyseyn einiger blosser Gezeigen empfangen hätte, daß sodann solches Guth nicht mahl in 30. oder 40. Jahren verjährt wurde; Dessen das Widerspihl will gantz neuerlich behaupten D. Klingensperg de Emphyteusi. cap. 2. assert. 15. in der Meynung es stimme ihme auch bey D. Rath an öffters schon citirten Orth assert. 97. allwo doch solches D. Rath ausdrucklich nicht bestättiget, sondern nur zweiffelhafftig die Sach machet, weilen 1. vil Rechts-Gelehrte der Meynung seyen, wann durch ein Statutum die Verjährung verbotten, und nichtig gemacht wird, daß solches sodann nach Lehr des Andreæ Gaily Lib. 2. Observ. 160. Allein von der ordinari Verjährung von 10. oder 20. nicht aber von der 30. oder 40. jährigen zu verstehen seye; 2. Weilen gegenwärtiger Articul von der Ersitzung Nutz und Gewehr rede, welche Wort in unseren Land-Rechten gemeiniglich allein von der ordinari Verjährung von 5. oder 10. oder von 10. oder 20. Jahren pflegen verstanden zu werden, die Land-Recht aber, da man von der Verjährung von 30. oder 40. Jahren redet, sich des Worts Verjährung bedienen.

Dessen doch ohnerachtet halten wir darfür, daß obig unsere Meynung die wahrhafftiste seye, weilen nehmlich 1. gegenwärtiger Articul die Wort mit sich bringet: Daß kein Ersitzung Nutz, und Gewehr statt haben. Das Wort kein aber

aber alle Verjährung es mag die ordinari der 30. oder 40. jährige seyn, in sich enthaltet; Obwohlen zwar der gegentheilige Sentenz noch angenommen zu werden anscheinen könnte, wann unsere Chur-Bayerische Verordnung allein mit sich brächte, daß die Erbgrundig oder Leibfällige Güther nicht verjährt werden können, weilen solchenfalls leichter das Verjährungs-Verbott allein auf die ordinari 10. oder 20. jährige Verjährung auszulegen wäre; Weilen aber unsere Statuten ausdrucklich gar keine Verjährung zu lassen, so scheinet ein klare und ausgemachte Sach zu seyn, daß dises statuten-mäßige Verbott auch in sich enthalte, daß gar keine 30. oder 40. jährige Verjährung Platz finden möge.

Uber daß, möchte einen weitern Zweifel erwecken, wann man sagen wollte, daß auch Gailius den Text in cap. imperialem de prohib. feud. alien. per Frid. allein von der ordinari und nicht von der längsten 30. oder 40. jährigen Verjährung verstehe, wo doch eben in selben Text so wohl als wie in disem unsern Articul die Wort enthalten, daß keine Verjährung Platz habe. Hierauf nun antworten wir, daß des Gailii Meynung die neuere Rechts-Gelehrte nicht ohne Fundament widerlegen, wie zu lesen ist bey Vulteo de feud. 1. cap. 9. sub. n. 2. Rosenthal. de feud. cap. 9 memb. 2. conclus. 97. n. 37. & 38. Fach. lib. 7. cap. 61. per totum. Ja dem Gailio sonsten gantz ergebene Gravæus selbsten stimmet des Gailii Meynung nicht bey, sondern behauptet, daß unter der Clausul, keine Verjährung soll Platz haben, auch die längste Verjährung von 30. oder 40. Jahren verstanden werde. Und ist erst vor 14. Tagen in Hof-Rath in causa der Stingelheimischen Erben für die Chur-Fürstliche Lehen-Probstey also gesprochen worden. Und wer solle glauben, wann die Meynung unserer Statuten gewest wäre, allein die gemeine ordinari Verjährung von 10. oder 20. Jahren auszuschliessen, daß nicht solches wurde klar genug beygesetzt worden seyn.

4 Es hindert auch nichts die andere der widrigen Meynung dienende Ursach, massen wir lediglich widersprechen, daß unter denen Worten Nutz, und Gewehr ersizen. Allein die gemeine ordinari Verjährung verstanden werde, diß wird Sonnen-klar aus nachfolgenden, unten in denen Chur-Bayrischen Land-Rechten enthaltenen Texten erwisen, und zwar durch den Tit. 9. Art. 1. und 2. der Land-Recht. Allwo die Verjährung, welche in einer verkaufften Sach, oder Pfand, oder Hypothec einer verkaufften Sach geschiehet, auch genennt wird die Nutzen, und Gewehrs-Ersizung. Als wird auch Art. 4. die Verjährung in Pfarrlichen Rechten, oder den Seelgeraiten genennt die Nutz- und Gewehrs-Ersitzung: Also wird auch Art. 5. geordnet, daß ein Erb wider den Mit-Erben, wann sie mit einander gemeinschafftlich leben, sich keiner Verjährung bedienen, möge, wann einer allein aus ihnen die Erbschafft besitzet, und dise Verjährung wird mit klaren Worten genennet, die Nutz- und Gewehrs-Ersitzung. Weilen fürwahr solche Articul von der gemeinen und ordinari Verjährung nicht können verstanden werden. Ingleichem ist der 10te Articul ersagten 9. Tituls von der 30. und 40. jährigen und nicht von der gemeinen Verjährung zu verstehen, wo doch an solchem Orth beede Verjährung nehmlich die längste und die gemeine mit denen Worten: Der Nutz- und Gewehrs-Ersitzung enthalten werden; nicht anderst wird die Lehen-Verjährung in art. 5. Tit. 12. und die Præscriptio Morgenaticæ in tit. 6. Art. 2. der Land-Recht auch genennt die Nutz- und Gewehrs-Ersitzung ebners massen wird Art. 7. Tit. 25. verordnet, daß eine Land-Straß auch mit der längsten Verjährung nicht könne verjährt werden, dise verbottene Verjährung aber wird alldasigen Orth die Nutz- und Gewehrs-Ersitzung genennet. Endlich Art. 8. Tit. 28. der Land-Recht, wird die Verjährung über die Zehenden auch die Ersitzung der Gewehrschafft benahmset, obwohlen an disem Orth sothane Verjährung wie alt die auch seye nicht genehm gehalten wird.

Aus welch allegirten Texten unserer Land-Recht klar erwisen wird, daß die Wort die Nutz und Gewehrs-Ersitzung nicht allein von der gemeinen und ordinari sondern auch von einer jeden andern Verjährung zu verstehen seyen. Ubrigens haben wir das gantze Buch der ältesten Land-Rechten vom Jahr 1384. durchgangen, haben aber alldort das Wort Verjährung niemahlen gefunden, sondern so offt von einer Verjährung Meldung geschehe, allzeit die Wort gebraucht worden seyen: Daß der Besitzer Nutz und Gewehr ersetzen, oder daß er in Nutzen und Gewehr sitze, von dem gemachten Unterschid aber wird nirgend ein Anzeigen gemacht; Entzwischen ist wahr, daß die neue Chur-Bayrische Landt-Ordnungen, wie wir kurtz hernach sehen werden, sich des Worts der Verjährung öffters bedienen, übrigens, wann der geneigte Leser alle Ort wohl betrachtet, wo des Worts der Verjährung gedacht wird, so wird er sehen und finden, daß sich kein Kennzeichen hervorthue, aus welchem der von gegentheiliger Meynung erdichteten Unterschids zwischen der gemeinen

und

und längsten Verjährung ein standhafftes Fundament abgenommen werden könnte.

5. Wir können mit besserer Befugnuß einen anderen Unterschid machen, nehmlich unter der Verjährung der cörperlichen Sachen, und denen Sachen, welche nur in Gerechtsamkeiten bestehen; Die Verjährung der cörperlichen Sachen, sie mag die gemeine oder die extraordinari Lang oder längste seye, wird allzeit in denen Chur-Bayrischen Land-Rechten eigentlich die Ersitzung Nutz, und Gewehrs genennt. Weilen die cörperliche Sachen warhafft können in Besitz genommen werden; Die uncörperlichen Sachen, oder Recht und Gerechtsamkeiten aber eigentlich nicht: Sondern nur gleichsam zu besitzen seyen, dahero dann das Wort der Verjährung der Ersitzung solcher gerechtsamen und uncörperlichen Sachen mehrer zugeeignet werde. Lese den Art. 5. Tit. 26. der Land-Recht, von Verjährung der Grund-Dienstbarkeiten. Art. 10. Tit. 4. von Verjährung der Leib-Eigenschafft, und Art. 13. Tit. 22. von Verjährung der Schaar-Werck. Hatte also disemnach jenes, was Doctor Rath ein Mann von grossen Ansehen nur zweiffelhafftig geredet, so gleich als eine gründliche Meynung vorgestrichen werden sollen, wo doch an so vilen Orten der Chur-Bayrischen alt und neueren Land-Recht das Widerspihl zu finden ist. Uber diß alles probiren wir unsere Meynung, daß keine Verjährung noch die ordinari noch die längste Platz finde, aus nachfolgenden unfehlbaren Fundament, weilen nehmlich ein Besitzer, der ein Guth mit keinen guten Glauben besetzen, zu gar keiner Zeitz eine Verjährung machet, cap. possessor 2. de R. I. in 6to cap. fin. de præscript. Myns. cent. 4. obser. 6. Wes. ff. de usucap. n. 11. ein solcher Mayer aber, welcher die Verjährung vorschützet, offenbar keinen zur Verjährung nöthigen guten Glauben hat, wann er sein Ankunffts-Recht durch brieffliche Urkunden nicht erweisen kan. Hören nun die Verfechter gegentheiliger Meynung, was unsere Chur-Bayrische Statuten in art. 9. tit. 9. der Land-Recht sagen: Folgen die Formalia: Hätte aber jemand seines Innhabens einen solchen Titel, welcher an ihme selbst unkräfftig, und ungültig, den er selbst gewust, so mag er Nutzen, und Gewehr nicht ersitzen, wann gleich sonsten die genugsame Zeit, die zu der Verjährung nothwendig verflossen wäre. Dann ein solcher hat gewust, oder doch wissen sollen, daß er krafft des untauglichen Titels, das Guth mit gutem Glauben nicht innhaben, vilweniger dessen Nutzen, und Gewehr ersitzen möge. Welcher Text die widrige Meynung handgreifflich widerleget; Dann gewiß ist, daß inhaltlich des gegenwärtigen Articuls, welchen auszulegen wir würcklich die Hand anlegen, kein Erb- oder Leib-Rechtes Guth ohne Ausrichtung briefflicher Urkunden könne gemacht werden, und wann solcher nur vor Gezeigen sollte errichtet werden, solches sodann null und nichtig und unstandhafft seye. Welches alles unsere Bauerschafft nur gar zu wohl ja besser wissen und verstehen, als vielleicht 100. Studenten, die nach absolvirten Studien von der Universität entlassen werden. Wir haben einstens einen hochtrabenden Müller gehabt, welcher sich bey einer Hoff-Raths Commission gebroglet, daß er vermög seiner vorzuweisen habenden Stifft-Brieffen seine Familie von acht Geburthen und also von mehr dann 300. Jahren hero probiren könne. Deme ich um seinen Hochmuth zu Demmen geantwortet. Wann er so vil Müller als Vor-Eltern gehabt, so probire er gantz recht, daß er in seiner Familie so vil Dieb gehabt habe, wie das Sprüch-Wort gehe, daß 12. Müller ein Dutzend Dieb machen. Es kan auch nach Inhalt ersagten 9. Articuls in disen Sachen kein Bauer vorschutzen, er wisse solche Recht nicht, weilen ein jeder Bauer wissen muß, daß ihme zu einem Erb- oder leibrechten Guth kein Recht zustehe, er könne dann darummen seinen Stifft-Brieff aufweisen.

Daß aber drittens ersagter 9ter Articul nicht allein von der gemeinen ordinari Verjährug rede, ist daraus abzunehmen, weilen er von der Verjährung meldet, welches Wort der Verjährung auch nach Meynung der Widersacher selbsten die längste Verjährung von 30. oder 40. Jahren einschliesset.

Endlich und viertens saget der 9te Articul, daß derjenige, der einen nichtigen und ungültigen Titul allegiret, das Guth mit guten Glauben nicht besitze, ohne guten Glauben aber mag gar keine Verjährung Platz nehmen, weder die ordinari, noch die längste, noch die von unfürdencklichen Jahren hero. Wie wir bey Auslegung ersagten 9ten Articuls das mehrere angeführt haben. Für das 5te ist zu mercken, daß, obschon die Rechts-Gelehrte bey dem cap. Imperialem de prohibit. feud. alien. per Frider. die Lehens-Verjährung wider den Lehen-Herrn zu lassen, wann solche von unfürdencklichen Jahren herstammet, doch höchstnöthig seye, daß auch bey der unfürdencklichen Verjährung der gute Glauben mit unterlauffen müsse, dann obschon der gute Glauben wegen Verfluß so langer Zeit, dessen Anfang nicht bekannt ist, vermuthet wird, wann doch in Gegenspihl offenbahr wäre, daß kein guter Glauben dabey unterloffen, so kan alsdann auch die unfür-

unfürdenckliche Verjährung nicht nutzen. Rosenthal. loc. cit. n. 37. ad finem. Gilken de præscript. part. 2. memb. 2. n. 6. Welche Meynung wir bey dem 9ten Articul den Catholischen Sentenz genennt haben.

6. Was ist Rechtens, wann ein Guth nur Vermuthungs-Weiß einem zum bauen überlassen wird? Hierauf antworten wir; Wann ein Herr einem Bauern sein Grund-Guth nicht um ein alljährliche gewisse Gült zu einem beständigen Erb-Recht, oder auf sein Leib Lebenlang zu einem Leib-Recht, sondern nur allein zum Bauen und zum Nutzniessen vermuthet, alsdann machet unser Articul, disen Unterschid, ob nehmlich ein solche Vermuthung geschehen seye auf ein-zwey-drey-oder mehr Jahr, in dem ersteren Fall, wo die Vermuthung drey Jahr nicht übersteiget, ist nicht vonnöthen, daß darüber eine Verbrieffung geschehe, sondern es kan sothaner Contract auch in Gegenwart einiger Gezeugen geschehen, und durch dieselbe probirt werden. Wann aber die Vermuthung über 3. Jahr hinaus gemacht worden, so giltet dieselbe so wenig als ein Verlaß des Erb-oder Leibs-Rechts, wann nicht darüber die briefliche Urkunden errichtet worden. Dise Chur-Bayrische Verordnung ist in unserem Vatterland so alt, daß es älter ist, als jene des Pauli 2di in cap. ambitiosæ. unico. in extravag. sub tit. de rebus Eccles. non alienand. welche ausgefallen in Mertzen 1468. wodurch die Veräusserung der geistlichen Gütter überhaupts verbotten, und die Vermuthung der geistlichen Güther, wann es über 3. Jahr geschehen, vor eine Veräusserung gehalten wird. Und zwar der Ursachen halber, weilen die über 3. Jahr gemachte Vermuthung eine werckthätige Veräusserung zu seyn anscheinet, welche die Natur eines blossen Contracts überschreitet.

7. Dahero bey disen Articul die subtile Frag entspringet, ob erstlich: Die Vermuthung so auf mehrere Jahr nach Inhalt unserer Land-Recht geschehen, wenigist auf 3 Jahr, wann schon darüber keine Brieffschafften errichtet worden, durch die Ursach, daß nehmlich das gültige durch das ungültige nicht könne ungültig gemacht werden, gültig seye? Gleichwie eine Schanckung, welche ohne beschehene gerichtliche Insinuation vorbeygangen, gültig, wann sie schon die Zahl der 500. Ducaten übersteiget, massen nur allein der Uberschuß, was nehmlich über die 500. Ducaten weiters geschenckt worden, nichtig und verbothen ist. L. sancimus. L. penult. Cod. de donat? dessen doch ohnerachtet sagen wir, daß solch gantze Vermuthung nichtig seye, weilen unser Articul ausdrucklich verordnet, wann einer vermeynt, mehr Oed-Recht, verlandschuldt (welches die Wort seynd der alten Reformation) oder Bestand-Jahr als drey zu haben, daß ein solcher dises mit wahrscheinlichen Brieffschafften und schrifftlichen Urkunden erweisen müsse. Wie dann dise Meynung auch Covar. quoad constitutionem Pauli 2. vor die standhafftere loc. cit. n. 4. & seqq. haltet.

Andertens entstehet die Frag, was Rechtens seye, wann die Vermuthung auf 9. oder Exempel-weiß auf 12. Jahr mit der Bedignuß, daß sovil Vermuthungen es seyn sollen, so vil 3. Jahr-Gäng unter der Zahl 9. oder 12. enthalten seyn, nehmlich daß es 3. oder vier Vermuthungen seyn sollen? Daß auch ein solche Vermuthung ohne errichtete Brieffschafften gantz ungültig seye, ist uns gantz gewiß, weilen hierdurch dem Land-Recht eine Nasen getriben wurde, und obschon Covar. Loc. cit. n. 4. ein solche Vermuthung wenigst vor die erstere 3. Jahr gültig zu seyn erachtet, so können wir doch besag unserer Land-Recht auch solche nicht approbiren, weilen unser Articul ein solches ausdrucklich verbiethet, und setzet, daß keine Sachen über 3. Jahr zu vermuthen seyen, welche Verordnung durch dergleichen ersunnene Vortheilhafftigkeiten und ungewöhnliche Clausulen nicht zu hintergehen ist. 8.

Drittens entstehet die Frag, was Rechtens seye, wann einem eine Sach, welche nicht alle Jahr sondern allein erst das dritte Frucht bringet, vermuthet wird, ob eine solche Vermuthung sich auf 9. Jahr erstrecke. Hierauf antworten wir mit ja, weilen bey einer solchen Vermuthung oder Bestandt nicht auf die Jahr sondern auf Einheimsung der gewachsenen Früchten zu reflectiren ist, welche Einheimsung, wann es nur allzeit am dritten Jahr-Gang geschicht in 9. Jahren nur 3 mahlen geschehen zu seyn scheinet, also daß hiedurch die von unsern Land-Recht vorgeschribne Jahr-Zahl nicht überschritten werde. Sihe, was wir in Semicent. nost. 1. controv. 11. n. 3. & seqq. & ad tit. 2. art. 9. §. Doch woher rc. des Gand-Proceß geschriben haben. Allwo wir gesagt haben, daß ein Bau-Mann, welcher in 3. Jahren seine Gült nicht bezahlt, seines Erb-Rechts nicht verlustiget werde, wann er aus dem Guth nicht alle Jahr, sondern erst über das ander, dritte, oder 4te Jahr die Früchten einzusammlen hat, welches zum Verstand dises Articuls unsers darvor halten gar wohl dienet. Dann die dreyjährige Vermuthung ist nicht aus der Anzahl der Jahr, sondern von öffte der Früchten Einheimsung abzumessen. Also redet auch von Vermuthung der geistlichen Güther über 3. Jahr gar schön 9.

Covar,

Covar. Tom. 2. var. resol. lib. 2. cap. 16. n. 6.

10. Viertens wird gefragt, was Rechtens seye, wann eine Vermuthung nur auf ein, zwey, oder drey Jahr geschehen, nach Verfluß solchen Jahrs, zwey-oder drey Jahr aber mit der Vermuthung doch wäre fortgefahren worden, ohne daß weiters unter beyden contrahirenden Theilen hievon ausdrucklich etwas wäre abgehandlet worden, ob zu Fortsetzung solchen Bestands die Errichtung der briefflichen Urkunden erfordert werde? Hierauf ist zu antworten, daß solchenfalls darfür zu halten seye, es seye nehmlich solche Vermuthung durch den stillschweigenden Consens wiederum auf andere 2. oder 3. wie wir schon anderwerts gemelt haben, verlängert worden, wann solches nur nicht um das Gesatz zu gefähren geschiehet, und aus der Bestands-Verlängerung sattsam erhellet, wie lehret Cavar. loc. cit. n. 6. §. 4. Dann unser Articul will lediglich, daß nach Verfluß der 3. Jahren die Vermuthung erloschen seyn solle; Dahero solle die Vermuthungs-Verlängerung nicht geschehen, weilen eine standhaffte mit einer unstandhafften Vermuthung nicht zu vermischen, sondern es solle entweders wegen Fortsetzung des Bestands ein neuer Contract aufgerichtet, oder darüber Brieffschafften aufgesetzt werden. Weilen ein dreyjährige Bestands-Schliessung die Personal-Verbindung nicht überschreitet, die auf weitere Jahr aber sich erstreckende Bestands-Abhandlung anscheine, als bringe es auf das Guth selbsten einiges Recht mit sich, in Ansehung dessen die briefliche Urkunden erfordert werden.

Der vierte Articul.

Vermeynt aber ein Mayer bey einem Guth einen Herrn-Gunst, oder veranleite Frey-Stifft zu haben, und der Herr ihme dessen nicht geständig wäre, mag er alsdann nicht beweisen, daß die Besitzung des Guths (ausserhalb der Fahrnuß) mit nahmhaffter Burde, als da er ein nahmhafftes Geld darfür bezahlt, andern Erben ihr Erb-Theil (ausserhalb der Fahrnuß) hinaus geben müssen, oder einen Schulden-Last auf sich genommen, oder es mit andern dergleichen Beschwerden, an ihne oder seine Vorfahrern kommen, und noch darzu, daß solches mit Wissen, und Bewilligung des Grund-Herrn selbst gescheheu, auch wie er, oder seine Vorfahrer zum Guth kommen, er oder sie, über daß alles, dem Grund-Herrn einen Anfall gegeben. Hiemit, und da einer dise drey Ding, nehmlichen die angenommene Burden, des Grund-Herrn Bewilligung, und den ausgelegten Anfall, sammentlich, und mit einander (dann ein jedes für sich selber allein, nicht genug ist): beweist, soll er einen Herrn-Gunst behabt, und bewisen haben, und ihme alsdann der Grund-Herr, hierummen einen Stifft-Brieff, gegen Sigel und Schreib-Geld, zu geben, und der Unterthan denselben, inner 3. Jahren, nach vollführter Beweisung und behabten Herrn-Gunst von dem Grund-Herrn anzunehmen, und zu seinen Handen zu bringen schuldig, oder da ers nicht thäte, von dem Herrn-Gunst gefallen, und nur ein blosser Frey-Stiffter seyn. Da nun dem Mayer einmahl ein solcher Stifft-Brieff, entweder ohne Stritt, oder auf beschehene Beweisung, und nach des Richters Erkanntnuß gegeben worden, soll alsdanu er, und alle seine Nachkommen fürterhin, da es wider zu Stritt käme, den Herrn-Gunst anderst nicht, dann mit Brieffen, und gar nicht mit Zeugen beweisen könnten, es wäre dann, daß der Mayer um solchen Brieff, durch Feuers-Noth, oder andern Unglücks-Fall, den er beweisen kan, kommen, in solchem Fall soll es gehalten werden, wie hernach im 14. Articul dis Tituls von Erb-Recht, und Leib-Geding Brieffen, geordnet ist. Möchte aber der Mayer die Beweisung angezeigtermassen nicht thuen, soll er ein blosser Frey-Stiffter seyn, und allerdings darfür gehalten werden.

Summaria.

1. Welcher gestalten das Erb-Recht von dem Leib-Recht unterschiden seye?
2. und 11. Ob zum Herrn-Gunst oder veranleite Frey-Stifft nothwendig die Errichtung der Brieffen erfordert werde?
3. Was ein Bau-Mann besag dises Articuls *probiren* müsse, daß er nicht für einen blossen Frey-Stiffter gehalten werde?
4. Wer die Brieffschafften ob der veranleite Frey-Stiffter, oder der Herrn-Günstler die Brieffschafften errichten lassen müsse?
5. Ob der Herren-Günstler inner 3. Jahren errichten lassen, oder der veranleite Frey-Stiffter seinem Bauern freywillig anbiethen müsse?
6. Wann der Bauer von dem Herrn die Brieffschafften nicht erhalten kan, ob der Herr sodann seines Rechts verlustiget werde?
7. Wann der Bauer zufälliger Weiß die briefflichen Urkunden verlohren, ob er sodann seines Rechts verlustiget werde?
8. Ob der Bauer bey verlohrnen Brieffen schuldig seye, deren Inhalt zu erweisen?
9. Was Rechtens seye? Wann der Bauer die stillschweigende: Oder auch ausdruckliche Bewilligung des Herrn erweiset, ob er das Erb-Recht, oder die Herrn-Gunst erhalte?
10. Was Rechtens seye, wann der Bauer kein andere Beschwerde als allein das bezahlte Bestand-Lohn über sich genommen, ob dises mehr als eine Vermuthung als ein Erb-güthiger *Contract* anzusehen?
12. Ob die von denen Erben unterlassene Erneuerung der Brieffschafften einen völligen Verlurst der Erb-Rechts-Gerechtigkeit mit sich bringe?
13. Was Rechtens seye? Wann ein Bauer aus Halsstärrigkeit die Brieffschafften Widerholung unterlassen, ob dem Herrn dadurch die Macht zu gewachsen, den Bauern abzutreiben?

1. In dem vorhergehenden Articul haben wir von zweyerley Erb-Rechten gehandlet, nehmlich welche auf beständig dem Bauern und seinen Erben gegeben werden, und dises wird der wahrhaffte emphyteusis, oder Erb-Rechtes Guth genennt, die andere Gestalt der Erb-Recht ware, welche dem Bauern auf sein Leib und Leben-Lang gegeben, und genennt wird, ein Leib-Recht. Und dise zwey Gattungen thun unter sich eigentlich keinen Unterschid ausmachen, ausser daß die eine Gattung länger als die andere daure. Dahero von dem Doctore Rath das Leib-Recht eine Nutzniessung genennt wird, weilen das Leib-Recht von dem Nutzniessungs-Recht wie wir in Semicent. nost. 1. controv. 30. standhafft erwisen, und dargethan haben, himmelsweit unterschiden ist. Wie dann auch ein Erbrechtes-Guth, auf eine, zwey, oder vier Geburthen gegeben werden kan, doch aber, wann es schon nur auf eine Geburth überlassen worden, eine blosse Nutzniessung nicht genennt werden kan, sondern ein wahrhaffte Erbrechts-Bedingung ist. In oballegirter semicent. 30. controvers haben wir einen merckwürdigen Casum angeführt, welcher nicht nach denen Nutzniessungs-Rechten, sondern nach der Erb-Recht Gerechtigkeiten mit einhelliger Stimm im Chur-Fürstlichen Hoff-Rath ausgemacht worden. Welches verwunderlich zu seyn nicht anscheinen solle, dann wann, wie vor gemelt worden, alsdann, wo ein Grund-Stuck zu Nutzen und zu Niessen einem über 3. Jahr überlassen wird, solche Uberlassung vor eine blosse Vermuthung auf keine Weiß, sondern vor ein Erbrecht-Guths Uberlassung gehalten wird, also daß die briefflichen Urkunden darüber aufgesetzt werden müssen, warum sollte nun nicht auch ein Leibrechts-Guths Uberlassung, so auf Leib und Leben-Lang geschehen, ein Erbrechte Guths-Uberlassung auf eine Zeit genennt werden können. Diß alles haben wir in ersagter Semicent. controv. 30. des mehrern ausgelegt.

2. Neben disen zwey Gattungen der Bauersleuth Erb-Recht, und Leib-Geding, deren die erstere auch auf alle Erben überfallet, und die andere, so nur auf Leib Leben-Lang, oder auf gewisse ausgesteckte Jahr ertheilet wird, giebt es unserem Vatterland auch die dritte Gattung, welche genannt wird, die veranleite Frey-Stifft, oder Herrn-Gunst. Welche Wort gleichgültig sind. D. Rath nennet dise Gattung precarium alteratum. Besser aber wird ihr Natur ausgedruckt, wann mans nennt emphyteusin alteratam, oder wie in unsern Rächten der gewöhnliche Terminus ist, emphyteusin modificatam, von welcher kurtz hernach ein mehrers folgen wird. Obwohlen nun D. Rath und nach ihme D. Klingensperg sagen, daß diser Contract zu seiner Substanz und Wesenheit die Aufrichtung eines Instruments nicht nöthig habe, so werden sie doch in deme betrogen: Dann es muß eben auch die briefliche Authoritát zu Bekräfftigung dises Contracts gebraucht werden, wie bey einem Erb-Recht und Leib-Geding, so auf Leib Leben-Lang oder auf gewisse Jahr gegeben ist. Es ist wahr, daß die Strenge wegen Vorlegung der brieflichen Urkunden bey Probirung dises Rechts in etwas gemildert worden; welches aus dem Fundament auszulegen, ist zu wissen, daß dieser Contract vor altem genennt worden, eine Frey-Stifft, oder Freystiffts-Gerechtigkeit. Dahero gezweiflet worden, ob er nicht ehender in den blossen Locations- und Conductions-Contract, als in emphyteusin einschlage, also daß

daß dem Grund-Herrn frey seye, solchen Bauren alle Jahr auszuschaffen, gleichwie ein jedwederer Vermüther, den vermüthenden (wann sonst keine Hindernuß pactirt worden) ausschaffen kan, weilen aber solche Bauren meistens die Güther mit gewissen Beschwerden übernommen haben, und ihren Herren gewisse Liefferung gebracht, welche mehrer wahrhafften emphyteutischen Liefferungen gleich gesehen haben, als jenen Liefferungen, so aus einem Vermuthungs-Contract geschehen, so hat die Sach vile Stritt-Händel erwecket, da die Herrn behauptet, sie haben das Recht, die Bauren nach ihren Gefallen austreiben zu können, da die Bauren hingegen behauptet, sie haben am Grund ein Recht, und also sie nicht nach Gefallen der Herren kömmen vertrieben werden. Wie zu sehen ist in 34. Tit. 10. Art. der alten Reformation, welche denen Frey-Stiffteren, oder Herrn-Günstleren nicht viel geneigt ist, sondern sie als Halsstterrige, ausser sie weichen also gleich auf der Herren Willen, in Eisen und Band zu schliessen, und in Kercker zu schleppen anbefehle.

Damit nun solchen Stritt-Händeln vorgebogen werde, wird in disem unsern Art. eine Regul gemacht, daß ein solcher Bauer, der ein Guth zum Bauen übernommen hat, für einen blossen jährlichen Müth-Mann zu halten seye, er thue dann drey Stück mit einander zugleich
3. erweisen. Das erste ist, daß er wegen solchen Guth ein nahmhaffte Beschwerde übernehmen müssen, welche Beschwerde nachgehends in dem Text mit etlichen Exempeln gezeigt wird, als, wann er das Guth um nahmhafftes Geld erkaufft hat, oder seinen Mit-Erben für ihre Erb-Theil ein zimliches hinausgeben müssen, oder des verstorbenen Bauren Schuld über sich genommen hat, oder erweisen kan, daß das Guth mit andern dergleichen Beschwerden auf ihne, oder seinen Vorfahrer gekommen seye. Das andere ist, daß diß alles mit Vorwissen und Bewilligung der Herren des Grunds geschehen seye. Und das dritte ist, daß der Bauer, oder sein Vorfahrer zur Zeit, wo sie Grund zum Bauen übernommen haben, dem Herrn, (wie bey Erb-Güthern der Brauch ist) das Bestand-Geld bezahlt habe. Wann nun aus disen 3. Stucken eines abgehet, so wird nach unsern Land-Rechten gemuthmasset, daß zwischen dem Herrn und Bauern ein blosser Vermüthungs-Contract gemacht worden seye.

Dann, was den ersten Puncten belanget, wird der blosse Vermüthungs-Contract gemeiniglich allein durch Einwilligung geschlossen, also daß der Müth-Mann die vermüthete Sach zu nutzen und zu brauchen übernimmt, und dem Vermüther den jährlichen oder weitern Zins verspricht, wegen dises Contracts aber keine weitere Bürde auf sich übernimmet. Wann er also erweisen kan, daß es auf das Erb dises Guths ankommen ist, da man dem Grund-Herrn, oder seinen Mit-Erben ein gewisse Summam Geld erlegen, oder der Mit-Erben Schulden auf sich übernommen, oder wegen solchen Guth andere Beschwerde sich ausbürden müssen, so ist eben darum eine starcke Muthmassung, daß man nicht Vermuthungs weiß, sondern grundrechtlich zum Besitz des Guths gekommen seye. Weilen aber diß alles ohne Vorwissen des Herrn geschehen kan, deme solches Præjudiz ohne sein Wissen und Willen an seinem nicht zugefügt werden kan, dahero ist auch der andere Puncten nöthig, daß des Herrn Wissenschafft, und Einwilligung erwisen werde. Und endlich zum Beschluß des gründlichen Rechts das Hand-Lohn begehrt, und bezahlt worden seye. Uber daß, was wir bißhero gesagt haben, haben wir etliche Sachen zu erinnern.

Erstlich, daß der Guths-Besitzer ein nahmhafftes Geld darfür bezahlt habe, welches zweyfach zu verstehen ist, daß in einem solchen Contract der Guths-Besitzer ein nahmhafftes Geld darfür, welches doppelt zu verstehen ist, entweders dem Herrn, oder seines Vorfahrers Erben bezahlt habe. Dann wann einer ein gantz neuer Besitzer gewesen, und wegen Nutz- und Niessung eines Hoff-Guths dem Grund-Herrn ein nahmhafftes Geld bezahlen müssen, oder daß von seinem Vorfahrer auf ihn mit Vorwissen und Willen des Herrn von denen Mit-Erben anderst nicht hat bekommen können, ausser gegen Bezahlung nahmhafften Gelds, so entstehet der Argwohn, daß unter solchem Handel mehr als ein Personal-Contracts-Recht begriffen seye, wann jedoch der erste Besitzer, wie bey einem Vermuthungs-Contract der Brauch ist, dem Herrn oder denen Mit-Erben, oder ein oder des andern Ehe-Frau einen Leut-Kauff bezahlt, so kan nicht gesagt werden, daß ein nahmhafftes Geld darfür bezahlt worden, und folglichen ein blosser Vermuthungs-Contract seye.

Zweytens ist eben dises zu sagen, wann einer aus denen Mit-Erben denen übrigen nur wegen denen Erbschäfftlichen beweglichen Sachen Satisfaction gibt, wann schon solche ein nahmhaffte Summ auswirfft; Aus Ursach, weilen die bewegliche Sachen mit dem Grund-Guth keine Gemeinschafft haben, sondern denen Erben eigenthumlich zu fallen.

Drittens hindert auch nichts, wann schon solche bewegliche Sachen zum baulichen Unterhalt dienen zum Exempel Pferdt Vieh, Pflug und andere Bau-Manns Fahrnuß, dann dise Sachen werden nicht aus einem Erb-oder Leib-Recht, oder aus einem Vermuthungs-Recht, sondern aus einem Eigenthums-Recht besessen, und können von einem jedwedren Bauren verkaufft werden, und auf alle Erben überfallen. Nachdeme aber dise drey Bedignussen erwisen worden, daß nehmlich das Grund-Guth einer mit nahmhafften Geld an sich gebracht, und zwar mit Vorwissen und Einwilligung des Grund-Herrn, alsdann wird erst gesagt, daß eine solche Abhandlung mehr als eine blosse Vermuthung seye, und eine Gestalt eines Grund-Recht an sich ziehe, welche Art, weilen es weder ein Erb-oder Leib-Recht kan genennt werden, so wird es unsern Land-Recht nach ein Herrn-Gunst, oder veranleite Frey-Stifft benambset, welche wir zu Latein procarium alteratum, oder emphyteusin alteratam oder modalem nennen, dessen Eigenthum ist, daß es zwar auf die Erben falle, weilen, wie wir gesagt haben, es ein Grund-Recht ist, weilen es doch auch etwas vom Vermuthungs Recht hat, so wird es genannt ein Frey-Stifft oder locatio alterata oder modalis, weilen dem Herrn allzeit frey stehet, einen solchen Bauren wie kurtz hernach folgen wird, abzuschaffen, und an statt seiner einen anderen aufzunehmen, welches die Natur und Wesenheit dises Contracts der veranleiten Frey-Stifft ist, in denen Brieffschafften oder Documenten, welche die Bauren haben, wird die blosse Vermuthung meistens genennt ein blosse Frey-Stifft: Und eine solche emphyteusis alterata oder modificata ein veranleite Frey-Stifft, oder, welches üblicher ist, ein Freystiffts-Gerechtigkeit, welches Wort Gerechtigkeit ein Grund-Recht mit sich bringet, und ausmachet, daß es mehr als ein blosse Vermuthung seye. Nachdeme nun dise 3. Stuck erwisen worden, ist auch dargethan, wie wir gesagt haben, daß der Bauer ein mehrers, als ein alle Jahr widerruffliches Vermuthungs-Recht habe, und dises Recht wird besagtermassen genennt der Herrn-Gunst, oder die veranleite Freystiffts-Gerechtigkeit. Zu dessen Substanz und Wesenheit eben so wohl als bey einem Erb-oder Leib-Recht die Errichtung der Brieffschafften nöthig ist.

4. Es liegt die Schuldigkeit Brieff auszurichten so wohl dem Domino directo oder Herrn-Günstler: als auch dem emphyteutæ modali dem veranleiteten Frey-Stiffter ob: Dann der Grund-Herr, nachdeme obbesagte 3. Bedignussen sattsam erwisen worden, ist schuldig, solche veranleite Frey-Stifft mit brieflichen Urkunden befestige; Der Bauer aber ist gehalten, sothane Brieffschafften zu Erweisung seines Rechts vom Grund-Herrn zu erbitten, und zu Empfang, und, wann er dises inner 3. Jahren nicht thut, so verliehrt er sein Recht, und wird nachgehends für einen blossen Vermüther gehalten.

Wir wissen, daß einstens in Zweifel gezogen worden, ob der HErr oder Bauer zu erst seiner Schuldigkeit nachkommen müsse, das ist, ob der HErr die Brieffschafften anbiethen, oder der Bauer darum anhalten müsse? Und obwohlen in dem Art. des Herrn Schuldigkeit vorgesetzet wird, und also anscheinen kan, es lige ihm ob, daß er dem Bauren zur Straff der boßhafften Ablaugnung, wann er es schon nicht begehrt, die Brieffschafften anbiethen müsse, weilen der Bauer nicht saumselig in Empfangung derselben kan erachtet werden, wann ihme nicht, das Instrument anerbotten worden. Uns kommt doch vor, es seye aus Natur dises Contracts ähnlicher, daß der Bauer nach gewunnenen Handel seinen Herrn ehrnbietig ersuche, und bitte, durch briefliche Urkunden inner 3. Jahren zu bestättigen. Aus Ursach, weilen das Recht veranleiten Frey-Stifft, oder des Herrn-Gunst dem Nahmen selbsten nach eine Gutthat ist, die Gutthaten aber nur denen bittenden nicht aber denen, so nicht wollen, gegeben werden, welches scheinet, daß auch unser Art. bestättige, der nicht allein sich diser Worten bedienet, daß der Bauer die briefliche Urkunden inner 3. Jahr anzunehmen, sondern zu seinen Handel zu bringen schuldig sey. Dann die Muthmassung, wie wir gleich zu Anfang dises Art. gesagt haben, ist allzeit für den Herrn und wider den Bauren, welcher für sein angebliches Recht kein briefliche Urkunden hat, wann also er wider dise Muthmassung oben erwehnte 3. Stuck erwisen hat, hat er die Substanz dises Rechts noch nicht, sondern allein das Recht jenes zu erfüllen erhalten, das ist, daß er vom Herrn wegen Bestättigung des Herrn Gunst, die briefliche Urkund inner 3. Jahren auswircket. 5.

Was ist aber Rechtens, wann der Bauer inner 3. Jahren die Brieff fleißig begehrt, vom Herrn aber nicht hat erhalten können, verliehrt der Herr deswegen sein Recht? Die Ursach des Zweifels ist, weilen ein gleiches bey denen Lehen-Güthern beobachtet wird, daß der Herr, und der Vasall gleichen Straffen unterligen. Aber unsere Meynung ist, daß, weilen vom Verlust des Eigenthums in dem Fall, 6.

da

da der Herr die Brieffschafften über 3. Jahr verschiebt, keine Meldung geschihet, dise Erweiterung auf die Lehen nicht zu zu lassen seye. Dann es kan ihme der Bauer leicht eine Satisfaction beyschaffen, wann er bey des Herrn ordentlicher Obrigkeit disen Vorschub anklagt, und condictione ex hac lege nostra, oder actione emphyteuticaria, oder condictione ex causa, oder ob causam, den Herrn zu Erfüllung des Contracts anhaltet. Uns ist genung die Substanz des Art. auszulegen, seynd also wegen der Subtilität der Actionen nicht besorget, dann wann man sagen will, der Contract des Herrn-Gunst, oder veranleiten Frey-Stifft sey eine Art des emphyteusis, wie es an sich selbsten wahr ist, so hat die actio emphyteuticaria Platz, wann mans aber nennet precarium alteratum, so hat die actio in factum Platz, oder wann man sagt, es sey ein Contract do ut des, so hat die actio præscriptis verbis statt, welche alle auf einen Abzweck abzihlen, damit der Bauer nach Inhalt dises Art. Satisfaction erhalte.

7. Dises doch ist gewiß, daß, wann die Stifft-Brieff einmahl Rechts behörig ertheilt, und angenommen, nach der Hand aber aus einem unversehnen zu Fall zum Exempel in einer Brunst, durch eine Verfäulung, Krieg, oder durch Diebstahl verlohren worden, deßwegen das Erb-Recht, Leib-Recht, oder veranleite Frey-Stifft nicht verlohren werde. Jch sage merckwürdig, daß das Erb-Recht nicht verlohren werde, weilen, was in disem Art. von dem veranleiten Freystiffts-Recht gesagt wird, in dem 14. Art. auch vom Erb-Recht und Leib-Recht wiederholet wird. Und dessen ist die Ursach, weilen ein solches Unglück oder unversehener Fall die Wesenheit der Sach nicht umkehren kan: Dann es werden bey dergleichen Contracten gleich zu Anfang die Stifft-Brieff als eine Substanz erfordert, also daß sie zum Ursprung des Rechts, und nicht zu dessen Erhaltung nöthig seynd.

8. Unter dessen liegt dem Bauren ob, daß er den Inhalt der Brieffen, und was pactirt worden, ausfindlich erweise; Dann wann er mit der Prob nicht hinauslanget, muß er ihme selbsten beymessen, warumen er nicht gleich zur Zeit der verlohrnen Brieffen um neue sich beworben, wo der Inhalt der vorigen noch bekannt ware. Wir haben einen dergleichen Bauren gehabt, der behauptet hat, er habe das Recht in unsern Waldnern Holtz zu hauen, weilen aber seine Brieff verbrunnen, und er 20. gantzer Jahr die Wieder-Aufrichtung der Brieff nicht begehrt hat, und mehr nicht probiren können, als daß ein Zeug ausgesagt, er habe einstens den Inhalt der verbrunnenen Brieffen gelesen, und daraus vernommen, daß der Herr dem Bauren das Holtzhauen gestatten müsse, ob dises erklecklich seye, werden wir seiner Zeit sehen, weilen der jetzige Bauer als ein alter Mann so obstinat ist, daß er, obwohlen in 14. Art. anbefohlen wird, daß die Brieff innet 6. Monathen erneuert werden sollen, jedoch solches schon in die 20. Jahrlang vernachlässiget hat.

Was wir aber wegen Erneurung der verlohrnen Brieffschafften über die Erb-Leib-oder veranleite Freystiffts-Recht bißhero gesagt haben, daß hat auch Platz bey Vermuthung der Bauren-Güther über 3. Jahr, dann, weilen zu einem solchen Contract eben, wie zu denen Erb-oder Leib-Rechts Contracten die Brieffschafft-Errichtung nöthig ist, so halten wir darfür, daß eine über 3. Jahr zum Exempel auf 9. 10. oder 12. Jahr Rechts behörig, das ist mittelst Errichtung brieflicher Urkunden beschehene Vermuthung, wann schon die Brieff verlohren gangen, nicht erlösche, sondern wann derselben Inhalt durch Zeugen erwisen werden kan, so müssen die Brieff vom Grund-Herrn erneuert werden, in Krafft des 14. Art. wohin wir den Leser verweisen, wo der eigentliche Sitz diser Materie ist.

Zwey Puncten haben wir zu Auslegung unsers Art. noch kürtzlich anzumercken. Der erste ist, wann ein Bauer probirt, es seye in Besitz eines Bauren kommen und zwar mit Vorwissen des Herrn mit einer gewissen und nahmhafften Beschwerde, und Bezahlung des gewöhnlichen Hand-Lohns: Uber das Vorwissen des Herrn aber die ausdruckliche Einwilligung nicht erweisen kan, das Recht der veranleiten Frey-Stifft erhalten habe? Die Ursach des Zweifels ist, weilen der Art. beedes zugleich erfordeeret, daß man das Guth mit Vorwissen und NB. Willen des Herrn erhalten habe, scheinet demnach nicht das das Vorwissen allein genug seye, absonderlich weilen der Art. in disem content das Vorwissen auslasset, und allein des Herrn Willen erfordert. Wir aber antworten, daß solcher Willen zweyfach seye, nehmlich der ausdruckliche, und stillschweigende. Dann wann schon der Herr ausdrucklich nicht einwilliget, wann doch aus denen Zeichen, Minen, und umständig abgenommen werden kan, daß der Herr eingewilliget habe, so wird eben so die veranleite Frey-Stifft bestättiget, als, wann der Herr mit ausdrucklichen Worten seinen Willen beygeruckt hätte, wie die Rechts-Gelehrte insgemein lehren. ad cap. 1. verb. permissio. de prohib. feud. alienat. per Lothar. Vult. de feudis Lib. 1. cap. 10. n. 64.

n. 64. Rosenthal. de feud. cap. 9. memb. 1. conclus. 28. n. 6. Schrader. de feud. part. 8. cap. 4. n. 2. Wo sie sagen, daß, wann der Herr bey der vom Vasallen beschehenen Verkauffung des Lehen gegenwärtig gewesen, und geschwiegen, er die Verkauffung stillschweigend approbirt habe. Krafft der allgemeinen Regel in L. sæpe ff. de re jud. & cap. qui tacet. 43. de R. J. in 6. Wo der stillschweigende für einwilligend gehalten wird, so offt er einer Sach beywohnet, welche er mit einem Widerspruch solche hätte verhindern können. Hernach halten wir darfür, der Bauer, so ein veranleites Freystifft-Guth hat, dem Herrn das Bestand-Geld bezahlt habe, welches mehr ist, als wann der Herr nur der Verkauffung stillschweigend beygewohnt hätte, weilen die Annehmung des Bestand-Gelds keine andere Auslegung haben kan, dann, daß der Herr eben darummen die Verkauffung approbire, die Approbation aber ist eben jenes, was die Confirmation ist, und der die Verkauffung ratificirt, der williget ein, weilen die nachgehende Ratification eben jenes, was ein Gewalt, oder vorgehende Einwilligung auswircket. L. ult. Cod. ad Macedon. und dahero scheinet, es lige nichts daran, ob des Herrn Einwilligung dißfalls gleich in die Verkauffung, oder vor derselben, oder auch nach geschlossenen Kauff einfliesse. Mynsing. cent. 4. obs. 87. n. 6. Zas. de feud. part. 9. 32.

10. Was ist aber Rechtens, wann der Herr in den Handel mit Worten oder Werck einwilliget, denselben approbirt, und ratificirt, und schon besagter massen noch darzu das Bestand-Geld angenommen hat, kan wohl der Herr von darummen den Handel umwerffen, weilen der Bauer sonst kein Beschwerde ausser das Bestand-Geld auf sich genommen hat? Wir antworten mit ja: Aus Ursach, weilen, wie wir gesagt haben, alle 3. Stuck mit und beysammen erfordert werden. Dahero wann schon des Herrn Einwilligung, die Erlag des Bestand-Gelds erwisen wird, jedoch aber die Ubernahm einer Beschwerde abgehet, so wird der Contract allein für einen Bestand gehalten, unter dessen doch kan der Bauer das bezahlte Hand-Lohn condictione causâ datâ. causa non secuta zuruck begehren. tot. tit. ff. & Cod. de condict. causâ datâ, causa non secutâ. Wesenbec. ibidem n 2. Wo er sagt, es sey in der natürlichen Billichkeit gegründet, daß keiner sich mit des andern Schaden bereichen solle. cap. locupletari 48. ff. de R. J. in 6. Der HErr aber thäte sich mit dem erlegten Bestand-Geld bereichen, wann nach umgestossenen Contract der Herr das Bestand-Geld behalten könnte.

Dahero dann sagen wir nochmahlen, wahr zu seyn, daß zur Substanz und Wesenheit der veranleiteten Frey-Stifft erfordert werde, die Aufrichtung der Brieffschafften, wann schon zu Anfang solcher Contract mit besagten der Puncten kan probirt werden; Wann aber zu Anfang entweder vom Grund-Herrn selbsten über dergleichen Contract Brieff gegeben worden, ob der Bauer solche Brieff nach der Hand, da er die 3. Puncten erwisen, erhalten hat, so ist in das Künfftige nöthig, daß der Bauer selbsten, und seine Nachkömmlingen allzeit die Prob durch briefflische Urkunden mache, und wird vorbesagte Prob mit ihren 3. erforderlichen Puncten für das zweyte mahl nicht mehr angenommen; Um nun dises besser zu verstehen ist zu wissen, daß in unsererem Vatter-Land, wie wir anderstwo schon gesagt haben, und kurtz hernach mehrers folgen wird, der Brauch seye, daß so offt der Erb-Recht, Leib-Recht, oder veranleiten Frey-Stiffts, oder des Herrn-Gunsts halber eine Veränderung geschiehet, entweders auf Seiten des Grund-Herrn, oder auf Seiten des Bauers, allezeit dem Grund-Herrn das Bestand-Geld erlegt werden müsse, welches 5. fl. vom 100. fl. des eingeschätzten Guths ist. Setze nun, der Herr seye gestorben, nachdeme ein solcher Mayer, um ihme in das Guth zu investiren den Handel gewunnen: Oder setze, der Mayer seye gestorben, habe aber weder er, noch seine Erben die Erneuerung der Brieff begehrt, noch erhalten; So wird gefragt, wann der Bauer oder seine Erben in dem Fall, da ihnen der Herr die veranleite Frey-Stifft oder Herrn-Gunst widerspricht, ob der Bauer oder seine Erben nochmahlen begehren können, sie zur Prob obgesetzter 3. Puncten zu lassen? Der Art antwortet lediglich mit nein, in denen Worten, da nun dem Mayer ein solcher Stifft-Brieff entweders ohne Stritt, oder auf beschehene Beweisung, und nach des Richters Erkanntnuß gegeben worden, soll alsdann er, und alle seine Nachkommen fürdersthin, da es wider zu Stritt komme, den Herrn-Gunst anderst nicht, dann mit Brieffen, und gar nicht mit Zeugen beweisen können. Dann solchenfalls wird die Herrn-Gunst dem wahren Erb- oder Leib-Recht gäntzlich gleich gehalten, und nicht mehr eine Prob durch Zeugen zugelassen, weilen die Substanz des contracts abgehet, welche in Errichtung der Stifft-Brieff bestehet. Man wird fragen, ob dann solchemnach die Unterlassung der neuen Stifft-Brieffen

über

über die Erb- und Leibrechte Güther allzeit solche Güter heimfellig mache? Wir antworten nein, weilen dises in unsern Land-Rechten nicht zu finden ist, wie solches in denen Lehen-Rechten gefunden wird, daß, wann die Lehen nicht recognoscirt werden, das Lehen dem Herrn heimfalle; Unterdessen bleibt doch Krafft unsers Articuls gewiß, daß der Mayer oder seine Erben, welche die Erneuerung ihres Rechts begehren, zum zweyten mahl zur Prob obbesagter dreyer Puncten nicht mehr zugelassen werden, sondern ihr Recht mit Brieffen erweisen müssen. Ein eintziger Casus wird ausgenommen, wann die Brieff unterdessen durch unversehenen Fall zu Grund gangen; Dann wann der Verlurst der Brieffen erwisen worden, so muß deren Erneuerung geschehen, wie wir bey dem 14. Art. sagen werden, wann nur der Bauer den Inhalt der Brieffen erweisen kan. In dem vor angemerckten Casu, wo einer aus meinen Unterthanen durch Verbrunst seines Hauß seinen veranleiten Frey-Stiffts-Brieff verlohren hat, welcher beständig behauptete, darinn begriffen gewesen zu seyn, er habe das Recht, aus denen herrschafftlichen Wälderen so vil Holtz zu hauen, so vil er zur Hauß-Nothdurfft und Unterhaltung der Mayer-Güther nöthig habe, ich habe darfür gehalten, es seye ihme die Erneuerung der Brieffen abzuschlagen, weilen er den Inhalt des Brieffs nicht hat probiren, und ich auch denselben nicht glauben können, weilen der Werth des Holtz die jährliche Gült übersteigen; Dann es scheinet absurd zu seyn, daß der Herr zu mehrers dem Mayer verbunden seye, als hingegen der Herr vom Mayer empfangen.

Was ist aber alsdann Rechtens, wann ein solcher Mayer aus Halsstarrigkeit die Erneuerung der Brieff von seinem Herrn nicht annehmen will, biß ihme nach seiner Meynung die Freyheit gestattet werde, in denen Wälderen des Herrn nach Gefallen umzuhauen, ob nicht der Herr den Mayer wegschaffen könne? ich vermeyne, es seye kein Zweifel, dann wann ein solcher veranleiter Frey-Stifftler, der seine veranleite Frey-Stifft Rechts-behörig erwisen hat, nach vollbrachter Prob bey Straff des Verlurst seines Guths gehalten ist, vom Herrn inner 3. Jahren die Brieff zu begehren, und zu erwerben, wie vill mehr ein solcher widerrechtlicher Prætendent, der hiedurch grossen Excess machet? wegen des Manns Alter habe ich die Sach bißhero verschoben, und will mich seiner Zeit mit seinem Erben der Billigkeit nach vergleichen, und ihne in Frieden davon schicken. 13.

Unterdessen wann ein solcher Herrn-Günstler sein Recht nicht hat erweisen können, so hat er wenigist das Bestand-Recht, wie zu End des Art. geordnet wird, in welchem Stuck er ein besseres Recht, als ein wahrhaffter Erb-Rechter, oder Leib-Rechter hat, weilen diese nach verlohrnen Brieffen lediglich gar kein Recht haben, und also gleich ausgetriben werden können, diser Bauer aber als ein Beständner zu halten ist, und folglich biß Zugang des Jahrs gedultet werden muß.

Der fünffte Articul.

Welcher einen Herrn-Gunst, oder veranleite Frey-Stifft, wie im nechstvorgehenden Articul gesetzt ist, erweist, der mag gleichwohl alle Jahr zu rechter Stifft-Zeit, von seinem Grund-Herrn abgestifftet werden. Jedoch soll der Grund-Herr entweder dem Mayer vergunnen, seinen Herrn-Gunst einem anderen Mayer zu verkauffen, oder da er ihne nicht wollt verkauffen lassen, demselben zuvor und ehe er vom Guth abzeicht, dasjenige bezahlen, wie hoch dem Mayer solcher Herrn-Gunst, ausserhalb der Fahrnuß, in seinen Gewalt kommen, zu welchem auch zu rechnen ist, sein Erbtheil, welchen er am Herrn-Gunst gehabt hat; Item der Herr solle auch ihm wieder hinaus geben, den hievor eingenommenen Anfall, und so der Mayer etwas nahmhaffts an dem Guth gebessert hätte. Dargegen wann sich ein Abschlaipff befunde, soll der Grund-Herr auch befugt seyn, solchen an deme, was er sonsten dem Mayer hinausgeben, aufzuheben, und abzuziehen.

Kunte sich aber der Herr mit dem Mayer der Besserung, oder des Abschlaipffs halben nicht vergleichen, soll es hierinnen gehalten werden, wie hernach in folgenden Articuln dises Tituls mit Besichtigung und Einnehmung des Augenscheins geordnet ist. Wollte aber der Grund-Herr dem Mayer dasjenig, wie jetzt gemelt ist, nicht bezahlen, so hat er nicht Macht, ihne, auch seinen

seinen Abkauffer an der Gült zu staigeren, oder zu höheren, noch vom Guth zu treiben, er habe dann in andere Weeg, wie hernach in etlichen, und sonderbarlich im zwantzigsten Articul diß Tituls gesetzt ist, sein Spruch und Forderung, die er hat wegen des Gelds, welches er um den Herrn-Gunst, nach Inhalt des vorstehenden vierten Articuls ausgelegt, verworcht.

Kurtzer Begriff.

1. Wann der Grund-Herr auch das nutzliche Recht mit Gewalt und wider Recht an sich gezogen, ob dem Mayer die *rei vindicatio* zu stehe?
2. Ob bey einem Herrn-Gunst der Mayer nach Belieben des Herrn davon geschickt werden könne?
3. Ob nicht die Ausstifftung zur gelegenen Zeit geschehen müsse?
4. und 6. Wann der Herr den Herrn-Günstler entlast, muß er ihme jenes zuruck stellen, was er zu Erhaltung des Guths ausgelegt hat?
5. Welcher gestalten, das Guth einzuschätzen seye, nach dem jetzigen Werck, oder was es gegolten, zu Zeiten des Ur-Ahn-Herrn, oder Ur-Ur-Ahn-Herrn.
7. und 13. Ob der Herr auch ersetzen müsse die Besserung?
8. Ob der Mayer gehalten seye, auf des Herrn Begehren den Frey-Stiffts-Brieff vorzulegen?
9. Ob des Guths werth, so mit der Zeit steiget, dem Mayer, und seinen Erben zu falle?
10. Wem der in dem Erbrechten Guth gefundene Schatz gebühre?
11. Was Rechtens wann ein Schatz in einem nutznießlichen Guth, in einem Erbrechten-Bestand, oder Pfand-Schillings-Guth gefunden wird?
12. Ob auch ein Herrn-Günstler von dem in seinem Guth gefundenen Schatz Theil habe?
14. Ob nicht die Verbesserung dem Herrn zu Falle, wann also *paciscirt* worden?
15. Wann aber kein *Pactum* verhanden, ob der Herr schuldig seye, dem Mayer den Besserungs-Werth zu bezahlen?
16. und 22. Wann der Herr verbotten hat, daß der Mayer dise oder jene Besserung nicht machen solle, doch solche gemacht worden, ob der Herr doch solche ersetzen müsse.
17. Ob der Mayer die Auslag, so wider das Verboth geschehen, abziehen könne?
18. Ob der Mayer auch kleine Besserungs-Cösten abziehen, oder fordern könne?
19. Welche keine Cösten genennt werden?
20. Was Rechtens, wann der Mayer aus des Guths Früchten die Besserung gemacht hat, kan er wohl solche begehren?
21. Welcher gestalten die Besserung anzusetzen, nach dem Wert, da sie geschehen, oder zur Zeit, da das Guth dem Herrn zu fallet?
23. Ob der Herr die Wahl habe, die Besserung zu zahlen, oder wegtragen zu lassen?
24. Ob man die Besserung mit der Abschlaipffung vergüthen könne?
25. Ob der Herr dem Mayer seine jährliche Lieffe-rung staigern könne?
26. Was Rechtens, wann ein anderer mehrere Lieffe-geben will, kan wohl der Herr den *Contract* aufheben, und einen neuen schliessen?
27. Wann der Mayer sein Recht theurer, als er es an sich gebracht, verkauffen kan, ob der Herr schuldig seye, ihme die Erlaubnuß zu geben, und ob er nicht durch Einstand-Recht das Guth an sich ziehen könne?
28. Ob der Herr jenes ersetzen müsse, was der Mayer für sein Recht ausgelegt hat, welches er aus eigner Schuld verliehrt?
29. Ob der Mayer wegen begangner Schuld auch die Besserung verliehre?
30. Was Rechtens wann zwischen dem Mayer und dem Herrn wegen der *Caducität* ein Stritt ist, und diser wehrenden Stritt eine Besserung macht, ob er solche verliehre?

1. Ist also dise dritte Gattung nehmlich der Herrn Gunst oder veranleite Frey-Stifft real, dessen Natur und Wesenheit hauptsächlich in deme bestehet, daß in des Herrn freyen Willkuhr seye, den Mayer, wann es immehr ihme gefallet, wegzuschicken, unterscheidet sich also von dem Erb- und Leib-Recht, weilen ein wahrhaffter Erb- oder Leib-rechter Mayer ein solch eingewurtzeltes Recht hat, daß er wider seinen Willen vom Grund-Herrn nicht kan ausgetriben werden, ja, wann er aus dem Besitz seines Rechts gefallen, die utilem rei vindicationem hat, weilen er durch erhaltenes Erb- oder Leib-Recht das utile rei dominium erwirbt. Und dise Action ist so privilegirt, daß sie auch wider den Grund-Herrn Platz hat, wann er wider Recht das nutzliche Recht an sich gezogen hat; Dann wann schon die actio publiciana wider den wahrhafften Herrn nicht Platz hat, nach laut des L. penult. & ult. ff. de publ. in rem actio. Doch, weilen ein uralte Lehr ist, daß durch Bedingung des Erb- oder Leib-Recht von dem Herrn selbsten die Herrschafft abgetheilet werde, also daß der vornehmste Theil, das ist, das Dominium directum dem Herrn verbleibe, der schlechtere Theil aber, das ist, das utile dominium das nutzliche Recht dem Mayer zu gehe. (Es mögen die Rechts-Gelehrte bey Alvar. Valasc. de jure emphyt. quæst. 13. n. 1. seqq. disputiren, wie sie wollen. Dahero wann der Herr das nutznießliche Recht unbillich wieder an sich gezogen hat, so kan der Mayer wider ihme die utilem rei vindicationem ergreiffen, wie gantz wohl anmercket Georg. Widman. de contract. emphyt. tit. 13. n. 28. Von andern denen Mayern zustehenden Rechts behelffen weiters zu handlen, ist hier der Platz nicht.

Daß er die wahre Substanz dises Contracts in der freyen Abstifft- oder 2.

Ent-

Entlassung des Mayers bestehe, ist aus dem Ursprung des Worts selbsten zu entnehmen. Dann diser Contract wird genennt ein Herrn-Gunst, oder Herrn-Gnad, von welchem Recht eine Meldung geschicht in cap. precariæ 12. quæst. 2. und in Tit. X. de Precaria. Was aber aus Gnaden, und Gunst gegeben wird, daß muß ja auf den Augenblick widerrufflich seyn. Dann wann schon Wehner. in pract. observ. sub verb. Herrn-Gnad, nicht vermeynet, daß dieses Contracts Natur mit dem precario übereinskomme, wovon gehandlet wird in tit. ff. & Cod. de precario. & Edict. Salvian. welches auch wir approbiren, und dessentwegen precarium alteratum nennen, also daß wir mit Vehnero loc. cit. besser sagen, daß eine veranleite Frey-Stifft auf den Augenblick des Herrn widerrufflich seye: daß in Tit. ff. & Cod. enthaltene Wort precarium selbsten doch thut dessen Natur genugsam andeuten, weilen ein precarium nicht anders zu seyn gesagt wird, als wann etwas Ausbitten zum Nutzen umsonst einem gegeben wird in so lang jener, der es gegeben, gestattet. L. 1. §. 2. ff. de precario, & L. 17. §. 3. ff. commod.

3. Diese doch des Herrn freye Auffkündung wird auf nachfolgende Art eingeschranckt. Erstlich, daß es geschehen solle zu gelegner Zeit; Und dieses zu verstehen, ist zu wissen, daß meistens in denen Stifft-Brieffen ein gewisse Zeit ernennt werde, an welcher der Mayer seine jährliche Schuldigkeiten abstatten, und die Erneuerung seines Rechts begehren muß. In der Semincent. nost. 1. controv. 40. n. 10. haben wir gesagt, es seye ein Unterschied unter denen Worten Stifft und Gült. Dann das Wort Gült zeigt an die jährliche Schuldigkeit, welche wegen geniessenden Grund-Güthern entweders an Getreid, oder Geld, nachdem die Güther geschätzt werden, oder viel ertragen, bezahlt werden muß: Das Wort Stifft aber zeigt allein an die jährliche Erkantlichkeit bey ersten Eintritt. Wovon zu lesen ist Alvar. Valasc. de jure emphyt. quæst. 10. per totum. und auf dieses Wort Stifften geben unsere Bauern, absonderlich bey dem Recht der veranleiten Frey-Stifft sehr acht. Dann wann schon meistens diese Erkanntnuß in wenig Pfenning oder Kreutzer bestehet, doch, wann ich solche nicht angenommen habe (welches ich um die Bauern in bessern Gehorsam und Unterthänigkeit zu erhalten, gar offt gethan hab) ich sie zum weinen und vielen Bitten bewogen, weilen sie solches für ein Zeichen gehalten, daß in das Künfftige ihnen die veranleite Frey-Stifft nicht mehr lassen wolle. Dahero will unser Articul, daß, wann einer seinem Bauern die veranleite Frey-Stifft auffkünden will, solches zur gelegenen Zeit geschehen müsse, das ist, an welcher nach Innhalt der Stifft-Brieff die Gült, und die Erkänntlichkeit, oder Erneuerung solchen Rechts zu geschehen pflegen wird. Meistens wird hierzu das Fest des heiligen Ertz-Engel Michael als ein Termin angesetzt. Aus Ursach, weilen zu dieser Zeit die Ernd sich endet; muß also der Herr zu solcher Zeit dem Bauern die Entlassung andeuten, damit er sich gelegentlich um ein anders Guth umsehen könne; Dann es wäre unbillig, wann der Herr den Bauern zu anderen unbequemlicherer Zeit, wo die Fruchten noch auf dem Feld seynd, austreibete, wo der Herr vielleicht nur seinen Gewinn suchete, der Bauer aber die Gelegenheit eines anderwertigen Unterkommens verliehrete.

Welcher gestallten aber solche Bauren-Güther nach fortgeschickten Mayer verlassen werden müssen. Besambt, oder Lehr, haben wir in vorhergehenden gesagt, und werden in nachfolgenden noch etwas beyfügen. 4.

Zum andern muß der Herr, der den Gnaden-Güthler entlaßt, demselben bezahlen, oder zuruck geben, was er zu Erhaltung seines Rechts ausgelegt hat. Zum Exempel, wann der Bauer den Herrn-Gunst vom Herrn selbsten empfangen, und darfür 600. fl. ausgelegt hat, ist der Bauer nicht schuldig zuvor das Guth zu verlassen, biß der Herr ihme diese 600. fl. zuruck giebet, und, wann auch als ein Ley-Kauff, oder des Herrn Frau eine Verehrung gegeben worden: daß muß auch zuruck gestellt werden, dann der Bauer muß schadloß gehalten werden, damit ihme die erwisene Gnad nicht zu schaden gereiche. Wann aber der Bauer dieses Recht von einem anderen erkaufft, oder auf andere rechtsbehörige Weis an sich gebracht hat, ist er nicht schuldig abzuziehen, biß er billige Satisfaction erhalten hat. Ingleichen, wann einer ein solches Recht ererbet, und seinen Mit-Erben für ihren Erb-Antheil eine anre Satisfaction gegeben hat, der begehrt billig vom Herrn zuruck, was er seinen Mit-Erben hinaus bezahlt hat, ja er kan auch seinen Erbs-Theil, und dessen Bezahlung fordern. Mit einem Wort, der Bauer muß schadloß gehalten werden, damit der Herrn-Gunst ihme nicht zu schaden komme.

Wir erinnern uns, daß die Bauern öffters in Stritt gezogen haben, wann ein Bauer ein solches Recht von seinen Vorfahrern von seinem Ur-Ahnherrn oder Ur-Ur-Ahnherrn welcher das Guth zuerst an sich gebracht hat, an sich erworben, ob der Herr solches Recht abnehmen könne, 5.

wann er den Werth erbiethet, um welchen der Ur-Ahnherr oder Ur-Ur-Ahnherr das Recht erhalten hat, oder ob der Herr den jetzigen Werth bezahlen müsse? zum Exempel, welches uns begegnet, einer aus unsern fürnehmsten Bauern besitzte solchen Herrn-Gunst, welchen sein Ur-Ahnherr vor diesem von dem Herrn um 600. fl. erkaufft hat. Wir haben dahero um den Herrn-Gunst einzuziehen zur gelegenen Zeit dem Bauern aufgekündet, und obbesagte 600. fl. ihme anerbotten; worauf er geantwortet, daß der Güther-Werth unter der Zeit so hoch gestiegen, daß er sein Recht heut zu Tag um noch so viel oder noch mehrers verkauffen kan. Hat dahero hertzhafft begehrt, daß wir ihme 1200. fl. hinaus bezahlen sollen, widrigenfalls er aus Besitz des Guths nicht weichen werde. Der Stritt ist zwar unter uns auf einmahlen gehebt worden, weilen des Bauern eigne Brieff die Bedignuß ausdrucklich enthalten haben, daß dem Herrn zu ewigen Zeiten frey seye, daß veranleite Frey-Stiffts-Recht um 600. fl. an sich zu lösen. Was ist aber zu sagen, wann solche Bedignuß in denen Brieffen nicht enthalten ist? Wir antworthen, wann der Werth wegen des Mayers Güther Bemayrung, und Fleiß gestiegen, weilen er das Guth gebesseret hat, daß solchen Falls kein Zweifel seye, daß ihme solche Besserung bezahlt werden müsse, wie wir kurtz hernach sagen werden. Wann aber allein wegen Abänderung der Zeit der Werth gestiegen, so erachten wir, daß solcher Gewinn dem Herrn zufalle, und nicht dem Bauern. Aus Ursach, weilen unser Art. nur sagt, daß dem Bauern zuruck gestellt werden müsse, was er zu Erhaltung dises Rechts ausgelegt hat. Gleichwie nun der Bauer keinen Schaden leiden darff, also auch wäre unbillig, wann er des Herrn Gnad zu seinem Schaden mißbrauchen wolte; Aus unsern Brieffen, wovon wir gesagt haben, ist klar genug zu ersehen gewesen, daß des Herrn, der zuerst den Herrn-Gunst verliehen, Meynung gewesen, daß er das um 600. fl. zum Herrn-Gunst verliehene Bauren-Guth nach denen Kriegs-Zeiten wieder einlösen werde, und also so geringes Geld genommen habe, damit er um so leichter solches Guth wieder an sich ziehen könne. Es muß also der Bauer des Herrn Gnad nicht mißbrauchen, und jenes, was der Herr zu seiner Commodität gethan hat, in eignen Nutzen nicht verkehren; Dann wann um die gestellte Frag genauer zu durchsuchen, sagen wolte, was für eine Action dem entlassenen Bauern zu Erhaltung des wehrender Zeit aufgestiegenen Werths zustehe, so wird man selbe umsonst nachsuchen, dann wann du sagetest, es seye ein precarium, so wird die actio precarii um den aufgestiegenen Werth des zu einem precario gegebenen Guths nicht gestattet; wann man mit uns saget, es seye ein Herrn-Gunst oder emphyteusis modalis, als dann zwar gebührt dem Bauren der Nutz des Aufnahms, nicht aber der Aufnahm selbsten, welcher dem Herrn zufallet. Dann, obwohlen ein solcher Bauer die nutzliche Herrschafft hat, so erlöscht doch solche also gleich, nachdeme der Herr zur gelegener Zeit solche zuruck beruffen hat, kan also ein solcher Mayer kein Fundament haben, wodurch er den erhöchten Werth sich zu eignen könnte. Wir haben ein Exempel in einer mit Vorbehalt des Wieder-Kauffs verkaufften Sach, weilen der Herr solche Sach regelmäßig um jenen Werth wieder an sich kaufft, wie der Verkauff geschehen, wann schon indessen der Werth gestiegen ist. Lese, was wir bey dem 7. Tit. 1. art. der Land-Recht gesagt haben.

6. Unterdessen laugnen wir nicht, daß, wann in Zusehung des Herrn der Bauer seinen Herrn-Gunst, oder veranleite Frey-Stifft, so er vom Herrn um 600. fl. erkaufft hat, einem andern um 1000. fl. verkaufft, der Herr nach der Hand bey der Aufkündung 1000. fl. ersetzen müsse, verstehe, wann zum Verkauff die Einwilligung des Herrn geschehen, und er von 1000. das Hand-Lohn bezogen hat. Die Ursach ist für sich selbsten klar, weilen solchen Falls darfür gehalten wird, es seye ein neuer Contract beschlossen worden, welchen, wann der Herr vermög des ihme zustehenden Rechts wieder aufheben, und solch neuen Käuffer fortschicken will, so muß er denselben schadloß halten, so folglich all jenes ihme ersetzen, was er, und nicht was sein Vorfahrer für dieses Recht ausgelegt hat.

7. Jenes aber haben wir jederzeit für unbarmhertzig und unbillig gehalten, wann die Grund-Herrn ihren Mayern nach dem für gewesten 30. jährigen Krieg die unfruchtbare mit Distel und Dorn überwachsene oder wohl gar in Wälder verkehrte Güther um einen geringen Werth zum Nutzen und zu niessen als ein Herrn-Gunst überlassen haben, daß sie solche Güther nachgehends, wann sie wieder in baulichen Stand gekommen, um vorigen schlechten Werth zu sich ziehen wollen, weilen dieses der Vernunfft zu wider ist, welche dem Bauren die Besserung zu urtheilet. Was ist aber Rechtens, wann des Guths werth, und der Ansatz der Besserung jenes übersteigt, was zu Erhaltung des Rechts ausgelegt worden, zum

zum Exempel, der Mayer hat erwiesen (auf solche Weis, wie kurtz hernach folgen wird) er habe zu baulicher Herstellung der Güther, und derselben Besserung 500. fl. verwendet, das baulich hergestellte Guth aber in jetzigen Stand über jenes, was anfangs darfür gegeben worden, 1000. fl. werth ist, thut wohl solcher Uberschuß dem Herrn oder dem Bauren zu fallen? Und wir sagen aus vorigen Fundamenten, dieser Gewinn falle dem Herrn zu, dann wann schon der Bauer ein unfruchtbares Guth empfangen hat, so hat er es doch für ein Herrn-Gnad oder Gunst empfangen; muß also ihme genug seyn, wann er schadloß gehalten wird, weilen der Werth oder Gewinn, der sich allein wegen Umlauff der Zeit ergiebt, dem Grund-Herrn zufallet, und nicht dem Mayer.

8. Mit Gelegenheit hat sich zwischen uns und unseren Bauern eine andere Frag ergeben, weilen unter unserer Hoff-Marchs Documenten wir die erste Brieff, indeme sie zu Kriegs-Zeiten verlohren gegangen, nicht gefunden haben, ob der Bauer (welche dergleichen Brieff fleißigist aufbehalten und versorgen) solche vorzuzeigen schuldig seye? Wir haben, weilen uns die ordinari Hoff-Marchs Jurisdiction zu stunde, die in seiner Truchen erfundene Brieff, gleich zu uns genommen, und, weilen schon besagter massen, nach den Innhalt unter uns der Stritt leicht beygelegt worden, so ist die Sach beruhend verblieben. Wir sagen doch auf obige Frag, daß die Herrn-Gunst, Erb-oder Leib-Recht Brieff dem Herrn und dem Bauern gemeinschafftlich seyen, und also der Bauer gehalten seye, solchen Brieff auf Begehren des Herrn vorzulegen; Valasc. de jure emphyt. quæst. 8. n. 2. ja es kan der Herr unter diesem Vorwand den Bauern zu Vorweisung seines Instruments zwingen, wann er ihme den Besitz seines Rechts wiederspricht, wann er nicht solches durch Vorlegung der Brieff erweiset, weilen, besagter massen, die Substanz aller Erb-Leib-oder Herrn-Gunst recht in Vorweisung der Brieffen bestehet. Ist also lächerlich, was aus dem Titl. ff de edendo zu Behelff des Gegenspihls beygebracht werden will.

9. Der geneigte Leser wird doch anmercken, daß hierinfalls unter dem Erb- und Leib-Recht, und unter der veranleiten Frey-Stifft dieser Unterschid seye, daß des Guths werth, so mit der Zeit gestiegen, dem Erb- oder Leib-Rechten Bauern, und wann das Guth Erb-Recht ist, auch des Bauerns Erben falle, aus Ursach, weilen der Erb- oder Leib-Rechte Bauer wahrhafft die nutzliche Herrschafft und zwar unwiederrufflich innhat, entweders auf ewig oder auf Leib Lebenlang. Ist sich also nicht zu verwundern, wann ihme auch aller Nutzen unwiederrufflich zugehet, also daß einige wollen, daß, gleichwie der aus Uberschwemmung geschehene zu Wachs dem Bauern gehört, verstehe der Nutzbarkeit nach, also auch der in solchem Grund gefundene Schatz dem Mayer gebühre. D. Widman. loc. cit. n. 30. ja so gar, daß ein solcher Bauer in dem Erb-oder Leib-Rechtigen Guth zu seiner Commodität, und Nutzen ohne Willen und Vorwissen des Grund-Herrn eine Dienstbarkeit, oder einen jährlichen Zinß dem Dritten aufrichten könne. Zoës. in ff. tit. de locat. n. 109. Laymann. in theolog. moral lib. 3. tract. 4. c. 27. n. 10. Welches alles wir näher nicht examiniren wollen, weilen etwelche Stuck, als absonderliche Aufrichtung jährlichen Zinß, oder einer Dienstbarkeit, mag das gemeine Recht mit sich bringen, was es wolle, denen Grund-Sätzen unserer Land-Recht nicht beystimmen; eine andere Beschaffenheit hat es bey einem Gnaden-Günstler, oder bey einem veranleiten Frey-Stiffter, dann dieser, wie wir gesagt haben, kan augenblicklich fortgeschickt werden, dahero ihme nichts unwiederrufflich zu kommt, sonderen, was durch das Wasser zugeschüttet wird, und all anderer Nutzen, wann der Mayer entlassen worden, fallt dem Grund-Herrn zu, und der Bauer muß zu frieden seyn, wann er jenes erhaltet, was er um solches Recht ausgelegt hat, oder wann er schadloß gehalten wird, er muß auch zufrieden seyn, wann er nicht aus des Guths Substanz, sondern allein aus denen Früchten einen Gewinn machen kan. Fürwahr, wann durch des Mayers Todt das Leib-Recht erlöschen, seinen Erben das Wachsthum des Werths, welcher währender Zeit gestiegen, nicht, sondern dem Grund-Herrn zufallet, so können noch vielweniger des veranleiten Frey-Stiffters Erben solch angewachsenen Werth begehren, weilen der Herrn-Günstler selbsten, der alle augenblicklich davon geschickt werden kan, schon besagtermassen von solchem Wachsthum des Werth des Guths, nicht einem Heller begehren kan.

Ubrigens, weilen wir ohngefehr auf die Frag verfallen wegen denen in dergleichen Gütheren gefundenen Schätzen, so wollen wir selbe etwas fürwitzigers doch kürtzlich examiniren. Dahero wir vor allen diese von allen angenommene und approbirte Grund-Regul setzen, daß ein Schatz, welcher ohnverbottener Weis in eigenem Grund-Guth gefunden worden, dem Feind gantz zu gehöre; Wann er aber in einem frembden Guth gefunden worden, so ist ein Unterschid zu machen, ob er ungefehr gefunden worden, und alsdann gehört er halb dem Grund-Herrn zu, die andere 10.

Helffte aber dem Finder. §. thesaurus Inst. de rerum divisione; Wann aber mit Fleiß der Schatz gesucht worden, so fallt er gantz dem Grund-Herrn zu. Welches dem Spartiano nach in dessen Leben vom Kayser Hadrian erfunden worden. Weilen aber der Herrschafftlichkeiten zerschiedene Gattungen seynd, besonders in der Materi, so wir unter Handen haben, dreyerley: als die Leib- und Erb-Recht-Güther: die veranleite Frey-Stiffts-Güter, odr Herrn Gunst, hierüber wollen wir unsere Meynung kürtzlich beysetzen.

Was nun die wahrhafft Erb-Rechte Güther anbetrifft (welchen auch die Rechts-Gelehrte die Lehen-Güther beyzehlen) ist ein allgemeiner Ausspruch, daß, wann der Bauer und Vasall in Erb-Rechten oder Lehen-Guth ohngefehr einen Schatz findet, solcher sein gehöre. Olendorp. in Introduct. ad classem 3. act. Rubric. de acquir. rerum domin. Mynsing. ad tit. Inst. de acquirendo rerum domin. §. 39. n. 6. und Schneidevv. ibidem n. 6. Alvar. Valasc. de jure emphyt. cap. 15. n. 1. Aus nachfolgenden Ursachen, weilen das Gesatz jenem den Schatz zuschiebet, der solchen in seinem Guth gefunden hat. L. unica Cod. de thesaur. dict. §. thesaurus. Inst. de rerum divis. es wird aber darfür gehalten, daß ein Erb-Rechtes Guth dem Mayer eigen seye. L. possessores. in fide. & L. fin. Cod. de feud. patrimonial. Dann wie wir kurtz zuvor gesagt haben, der Mayer hat utilem rei vindicationem, welche Action auch ihme wider den Grund-Herrn selbsten zustehet, er kan also gantz billig sagen, das Guth gehöre sein, so folglich den darin gefundenen Schatz behalten. L. quintus 2. §. argento & §. cui Legatum est ff. de auro & argent. Legat. L. in rem & L. solum §. eum ff. de rei vindic. Hernach weilen der Mayer alle Unglücks-Fäll so wohl am Guth als an Früchten leiden muß, so müssen ihme auch die Glücks-Fäll zu statten kommen. D. Widman. loc. cit. n. 26. ex dict. Valasc. loc. cit.

Dessen doch ohnerachtet, ist die wahrhafftere und der natürlichen Vernunfft ähnlichere Meynung, daß der in Erb-Rechten Guth gefundene Schatz halb dem Mayer als Finder zu Falle, die andere Helffte aber unter dem Grund-Herrn und dem Mayer wider in gleiche Theil abgetheilet werden müsse, aus Ursach, weilen besagter massen unter ihnen auch die Herrschafftlichkeit abgetheilet ist, weilen der Grund-Herr, Grund-Herr, der Mayer aber Nutz-Herr ist. Gleichwie nun sie beyde, und zwar, wie wir oben ausgelegt haben, nach gemeinen Ausspruch der Rechts-Gelehrten, zu gleichen Theilen Mit-Herrn seynd, also auch ist billig, daß sie beyde jenen Theil des Schatz, welcher aus Verordnung des gemeinen Rechts dem Grund-Herrn gebührt, zu gleiche Theil abtheilen. Welchemnach der Bauer $\frac{3}{4}$. der Grund-Herr aber allein $\frac{1}{4}$. bekommt. Und also hat diese Frag aufgelöst Ludov. Moll. tract. 2. de Inst. & jure disput. 56. n. 9. Alvar. Valasc. loc. cit. n. 1. Garzias de expens. cap. 22. n. 52.

Wir haben gesagt, daß dem Bauern $\frac{3}{4}$ vom Schatz gebühren, wann er denselben ungefehr gefunden hat, dann, wann der Mayer den Schatz gesucht und gefunden hat, so ist solcher in gleiche Theil unter dem Grund-Herrn und dem Bauren zu vertheilen. Aus Ursach, weilen Krafft der vorgesetzten allgemeinen Regul der Finder dem Findungs-Recht nach vom Schatz nichts zu fordern hat, wann er solchen mit Fleiß gesucht und gefunden hat. Muß also der Bauer zu frieden seyn, daß er wegen seines nutznießlichen Rechts, so er auf den Grund hat, mit dem Grund-Herrn einen gleichen Theil hat. Alvar. Valasc. loc. cit. n. 1. ad finem. Und aus disem folget die Antwort auf die in das Gegenspihl oben angeführte Argumenta, dann, wann schon der Bauer ein Herr des Guths kan genennet, und gesagt werden, das Guth seye sein, so kan er doch nicht Herr allein genennt werden, weilen die grundherrliche Herrlichkeit weit mehr als die nützliche Herrlichkeit ist; wäre also absurd, wann der Grund-Herr, den Untergang des Grunds so wohl als den Bauern angehet, von des Glücks Gewogenheit ausgeschlossen werden solle.

11. Was ist aber vom Leib-Recht zu sagen, wann das Leib-Recht, wie D. Rath darfürhaltet, für eine blosse Nutzniessung zu halten wäre, so hätte es keine Beschwehrnuß, dann, wann einer am Grund gar kein Recht hat, so gehört einem solchen vom Schatz, kein Theil, welcher dem Grund-Herrn gebührt, sondern dem Herrn des Ackers, und dahero, wann ein Nutzniesser, ein Beständtner, oder Pfandtschillings-Herr in nutznießlichen, vermütheten, oder Pfandt-Guth einen Schatz findet, der kan Herrschaffts-halber, weilen er keine hat, nichts darvon begehren, sondern es komm auf den vorigen Unterschid an, ob solcher den Schatz ohngefehr gefunden, oder mit Fleiß denselben gesucht habe? Im erstern Fall, gebührt ihme die Helffte des Schatz, weil er denselben gefunden, in andern Fall gebührt dem Grund-Herrn der Schatz völlig. Weilen aber wir einem Leib-Rechten Bauern die nutzliche Herrlichkeit zu gestehn,

stehn, und in andern Rechten andern Erb-Rechten Bauern in allem gleich halten, ausser daß sein Recht, mit seinen Todt erlösche, so müssen wir nothwendig sagen, daß er vom ohngefehr gefundenen Schatz ¼ bekomme, von dem mit Fleiß gesuchten Schatz aber allein die Helffte. Aus Ursach, weilen er für jene Zeit, da er lebt, auch das utile dominium so wohl hat, als ein ander Erb-Rechter Bauer, muß also dißfalls wegen des Schatz gleich gehalten werden. Wir haben ein gleiches Exempel im Recht der Erst-Geburth oder Majorat. Dann wann schon der Familien erstgebohrne die Herrschafft aller dem fideicommiss. Erst-Geburth oder Majorat unterworffener Güter durch den Todt verliehrt, wie der Leib-Rechte Bauer an Grund sein Recht durch den Tod verliehrt, nichts destoweniger unter der Zeit, wo er lebt, thut der Herr doch nach Beschaffenheit des erfundenen Schatz davon Theil haben, wie gar schön darthut Moll. loc. cit. n. 10. & seqq. Wo er von denen Spanischen Königreichen viele Exempel anführet.

12. Was die dritte Gattung, die veranleite Frey-Stifft oder Herrn-Gunst, so augenblicklich wiederrufft werden kan, scheinet die Sach nicht so richtig zu seyn, dann wann man sagen will, daß solches Recht ein purer Bestand seye, so ist die Sach klar, daß solchem Bauren vom erfundenen Schatz so wenig gebühre, als wenig einem Beständner, Nutzniesser oder Pfand-Guths Innhaber daran gebühret. Weilen aber uns gewiß ist, daß ein veranleiter Frey-Stiffter am Grund ein Recht habe, welches dem Besitzer und seinen Erben das utile dominium zu schantzet wie aus nachfolgenden augenscheinlich erhellen wird, so müssen wir nothwendig sagen, daß, wann ein solcher Bauer vor seiner Entlassung in seinem Grund ohngefehr einen Schatz gefunden, nicht minder als ein anderer Erb- oder Leib-Rechter Bauer vom Schatz ¼ bekomme, ¾ wegen des Funds, und ¼ als Mit-Herr. Hier wollen wir von denen Schätzen ein mehrers nicht sagen, weilen unser Absehen allein gewesen, dem geneigten Leser einen Weg zu zeigen, wodurch unserer Meynung nach unsere Land-Recht, so von andern Rechten weit entschieden sind, wegen diser Frag auf die veranleite Frey-Stifft applicirt werden können.

13. Jetzt schreiten wir zu dem Besserungs-Puncten, und sagen, daß diser Punct der natürlichen Vernunfft gemäß seye. Dann wann sich nicht gezimmt, daß der Bauer mit der Substanz des Grunds bereiche, welchen er zu nutzen und zu niessen empfangen hat, so kan auch nicht billig seyn, daß der Herr den Bauern mit lehrer Hand fortschicke, nachdeme er vielleicht all sein Geld, Schweiß und Arbeit in Hoffnung länger auf dem Guth bleiben zu können, in das Guth verwendet hat.

In dieser Frag aber, was unter dem dem Nahmen der Besserung dem Bauern zur Zeit seiner Entlassung zuruck zu stellen seye, sind nachfolgende Puncten zu beobachten. Der erste ist, wann in denen über eine veranleite Frey-Stifft errichteten Brieffen ausdruck- und sonderheitlich bedungen worden, daß der Grund nach aufgehebten Herrn-Gunst mit der Besserung dem Herrn zufallen solle, ohne eintzigen Ursachen desjenigen, was zur Besserung ausgelegt worden, alsdann bleibt es bey solchem Pact, weilen der Bauer ihme selbsten beymessen muß, daß er das Guth gebessert habe, indeme er gewust hat, oder hat wissen müssen, in dem Gewalt des Herrn zu seyn, ihne nach Gefallen fortzuschicken, und den zum Herrn-Gunst verliehenen Grund nach erfüllten Stucken, welche in disem Artickel enthalten seynd, zu eignen Nutzen an sich zu ziehen. 14.

Eben dieses ist zweytens, wann in der ersten Bedignuß des Herrn-Gunst dem Mayer aufgetragen worden, daß er alle Jahr eine gewisse Besserung thun solle, zum Exempel, wie wir gewohnt gewesen, bißhero solchen Mayern aufzutragen, daß sie in ihren Höffen etliche Bäum pflantzen, und wann sie einen verderben lassen, zur Straff der Nachläßigkeit 2. andere pflantzen sollen. Fürwahr diese Besserung, weilen man solche laut der Bedignuß schuldig ist, seynd nicht zu bezahlen, wann der Grund dem Herrn zu fallet. Laym. de just. & jure. tract. 2. disp. 463. n. 1. Valasc. de jure emphyt. quæst. 35. n. 1. Arrius Pinel. ad L. 2. Cod. de rescind. vend. part. 2. cap. n. 10.

15. Wann aber drittens kein solche Bedingnuß geschehen, alsdann fallt zwar das Guth samt der Besserung dem Herrn zu, doch also, daß der Herr schuldig ist, dem Bauern darfür genug zu thun, wie wegen denen Lehen-Güthern ein ausdrucklicher Text verhanden ist in cap. 1. §. é contrario tit. de invest. de re alien. facta. & in cap. 1. §. si vasallus tit. hic finitur Lex. Hartmann. Pistor. part. 2. lib. 2. quæst. 42. Modest. Pistor. consil. 4. quæst. 6. n. 20. Clarus lib. 4. sentent. §. feudum. quæst. 88. n. 1. Rosenthal. de feud. cap. 7. conclus. 47. n. 10. & conclus. 43. wo sie diese Materie weitläufftig durchgehen; Und daß eben dieses von denen Erb- und Leib-Rechten, auch Herrn-Günstigen Güthern zu sagen seye, lehren Alvar. Valasc. loc. cit. quæst. 25. n. 6. & seqq. Pinell. loc. cit. n. 7. Menoch. de recup. possess. n. 502. & de usu-

usufructu Molin. loc. cit. n. 2. Weil bey all dergleichen Rechten, wann das Guth der Herr an sich zieht, billig ist, daß denen Erben wegen beschehener Besserung ein Satisfaction beschehe.

16. Was ist aber Rechtens, wann viertens der Herr verbotten hat, daß der Bauer dise oder jene Besserung nicht unternehmen solle, mit der Protestation, daß nach geendigten Recht solche nicht werden ersetzet werden. Hierauf antwortet Molin. loc. cit. n. 2. ad F. & Alvar. Valasc. loc. cit. n. 9. daß, obwohlen ein Sach-Walter die wider das Verboth des Herrn gemachte Besserung nicht begehren kan, jedoch ein solcher Bauer, oder sein Erb die Besserung begehren könne, weilen der Bauer seine Sach verbesseret, worüber er das utile dominium hat, also daß der Grund-Herr nicht verbieten kan, seine Sach zu verbesseren; Ausser es wäre unter dem Herrn und dem Bauern der Stritt wegen der Entlassung schon angefangen, alsdann muß der Bauer der Protestation nachkommen. Item, wann der Bauer den Handel zu gewinnen verzweiflet, und mit Fleiß übermäßige Verbesserung macht, allein zu dem Ende, damit der Herr, der etwan arm ist, solche nicht ersetzen könne, und deßwegen vom Stritt abstehe. Fürwahr, weilen der Betrug niemand dienlich seyn solle, so wird dem Bauern gantz billig solche Besserung abgeschlagen. Mol. loc. cit. & Alvar. Valasc. n. 10.

Ob aber fünfftens jenes, was wir vom Erb- und Leib-rechten Bauern gesagt haben, auch Platz habe beym Herrn-Günstler, kan deßwegen in Zweifel gezogen werden, weilen besagtermassen der Herr alle Jahr das Guth an sich ziehen kan, hat also auch billige Ursach, zu verbietten, daß ihme solches Recht durch verbottene Besserung wider seinen Willen nicht schwehrer gemacht werde.

17. Unterdessen sechstens zweiflen wir nicht, daß nicht der Bauer die wider das Verbott gemachte Auslagen aufheben könne. Aus Ursach, weilen, wann schon ein unrechtmäßiger Besitzer die aufgewendte Kösten nicht fordern kan, per text. in L. 5. Cod. de ædif. privat. & §. 30. Inst. de acquir. rer. dom. Für dergleichen der Bauer gehalten wird, der wider des Herrn Verbott Unkosten machet, so sagt doch der Text. in L. si si à domino. 36. in f. & L. planè 38. ff. ff. de rei vind. Besser zu seyn, daß man einem unrechtmäßigen Besitzer die Besserungs-Kösten ersetze; Dann es ist die Ursach klar, weilen der Grund-Herr sich mit des andern Schaden nicht bereichen solle, wie wir schon offt erinnert haben. Oldendorp. de acquir. rerum dom. n 8. Cujac. lib. 12. obser. cap. 1. & lib. 13. obser. 26. der Bauer muß doch dem Herrn die freye Wahl lassen, ob er ihme lieber die gemachte Besserung in Krafft dises Art. der Billigkeit nach (wovon wir hernach weiters reden werden) bezahlen, oder frey stellen wolle, daß der Bauer die wider Verbott gemachte Besserung aus dem Guth, doch daß das Guth im Stand verbleibe, wegziehen könne. Hartm. Pistor. dict. quæst. 42. n. 3. & seqq. Clarus §. dict. §. feud. quæst. 88. Rosenthal. dict. cap. 10. conclus. 43. n. 144. Schrad. de feud. part. 9. princ. sect. 2. n. 92. & seqq. von welcher Frag noch ein mehrers beygebracht werden könnte, wann nicht wider Willen daß Werck alle Tag grösser wurde.

Siebendens doch ist jenes gewiß, daß kein Bauer die Besserungs-Kösten fordern könne, so nur in geringen Sachen bestehet. Alvar. Valasc. loc. cit. n. 12. Molin. loc. cit. disput. 455. n. 8. weilen der Bauern Amt ist, daß sie daß ihnen anvertraute Guth nicht abschleipffen, sondern besseren sollen. Valasc. loc. cit. n. 12. und Pinell. loc. cit. n. 9. und dahero sagt unser Articul ausdrucklich, daß der Grund-Herr dem Bauern allein jenes ersetzen müsse, so der Mayer nahmhafft an dem Guth gebesseret hat. Aus welchem sich ergibet, daß die geringere Besserung nicht zu achten seye. Lese den Valasc. und Molin. loc. cit. Wo sie weitläufftiger ausführen, was unter dem Nahmen der geringeren Besserung begriffen seye, weilen dißfalls so viel Meynungen seynd, so viel der gelehrten Köpff. 18.

Unser Articul bedienet sich des Worts ein nahmhafftes welches seiner Natur nach anzeigt, daß solche Auslag geschehen, welche einen Nahmen hat, also daß geringere Kösten, so den Nahmen einer Kösten nicht verdienen, gäntzlich auszuschliessen seynd, und absonderlich jene, welche die unverschämte Bauern alle Jahr, entweders Krafft der Brieff, oder aus Natur des Contracts zu machen schuldig seynd, und nach ihrer Entlassung auf den Herren überschieben wollen. Zum Exempel ein jeder Erb-Rechter, Leib-Recht, oder veranleiter Frey-Stifft Bauer ist schuldig das Hauß, Stadel, Stahl für das Vieh und all andere Gebäu zum Aufbehalt der Früchten in baulichen Stand zu erhalten, die Aecker zu gailen, die Gräben zu butzen, die Brünnen zu säubern, gemeine Weg zu machen, zu gewisen Zeiten die Privet und Camin auszuputzen, und mit einem Wort alles zu thun, was einem jeden Hauß-Vatter nach Gewohnheit des Orts zu thun obliget, wann schon die Unkösten nicht gering seynd, weilen solche, wie sich diese verkehrte Leut einbilden, unter dem Wort der Besserung nicht begriffen werden, wie gar schön ausführet. Molin. loc. cit. disp. 456. per tot. und Alvar. Valasc. loc. cit. n. 5. 19.

Es

20. Es müssen aber achtens die wahrhaffte Besserung, welche nahmhaffte Kösten verursacht haben, dem Bauren und seinen Erben ersetzt werden, wann er solche schon aus des Grunds-Früchten bestritten hat. Aus Ursach, weilen die Früchten dem Bauern gehören. Wann er also aus denen Früchten ein nahmhaffte Besserung gemacht, so wird gesagt, er habe solche aus dem Seinigen gemacht, und kan also billig derselben Ersetzung begehren. Molin. & Valasc. loc. cit.

21. Neuntens ist eine schwerere Frag, ob der Herr, nachdeme er das Guth an sich gezogen, die Besserungen ersetzen müsse nach dem Werth, zur Zeit, wo sie gemacht worden, oder nach dem Werth zur Zeit, wo der Herr das Guth an sich ziehet, zum Exempel, welches uns begegnet ist, der Bauer, von welchen wir kurtz zuvor geredet haben, hat erwisen, sein Ur-Groß-Vatter habe den Stadel schon vor beyläuffig 100. Jahren erweitert; Hat daher von mir, weilen den Herrn-Gunst an mich ziehete, im Nahmen der Besserung wegen erweiterten Stadel 300. fl. begehrt; Wo doch der Stadel dergestalten verfault ware, daß man täglich dessen gäntzlichen Zerfall beförchtete, fürwahr die gesunde Vernunfft bringt mit sich, daß auf eine solche Besserung keine Acht zu geben seye, wie gar schön ausführen. Gail. lib. 2. obs. 121. n. 12. Menoch. de recuperand. possess. remed. 15. n. 557. Clarus lib. 4. sent. §. feudum. quæst. 88. n. 2. Rosenth. cap. 10. conclus. 43. n. 87. & seqq. Dann weilen aus solcher Besserung dem Herrn nichts zugehet, so ist er darfür etwas zu zahlen nicht schuldig, dann zu deme, daß der Herr die Besserung ersetzen müsse, wird erfordert, daß die Besserung daure: Ant. Faber. in Cod. suo de jure emphyt. defin. 24. wo er sagt, daß, wann der Herr ein Lehen, oder Erb-Rechtes Guth an sich ziehet, er vor allem die in das Guth verwendete Auslagen, welche nothwendig, nutzlich, und NB. also beschaffen gewesen, daß der Nutz gegenwärtig ist, zuruck stellen müsse. Dann die Besserungen, welche nicht dauren, noch dem Herrn zu kommen, werden mit denen Früchten ersetzt. L. sumptus. f. de rei vind. L. domus. & L. in fundo ff. eodem. Menoch. de recup. poss. remed. 15. n. 513. Eben diese Frag thut nach seiner Gewohnheit klar und deutlich ausführen fach. lib. 7. controv. jur. cap. 93. Wo er einen Casum setzet, daß ein Vasall (setze einen Erb-Rechten Bauern) in das Lehen-Geld verwendet habe, welches der Herr, nachdeme ihme das Lehen- oder Erb-Guth zu gefallen, dem Vasallen oder dem Bauern bezahlen will; Es entstehet aber von darumen ein Stritt, weilen der Vasall oder Bauer zur Besserung 100. fl. ausgelegt hat, welche Besserung jetzt um 200. fl. geschätzt wird; Oder der Vasall oder Bauer hat 100. fl. ausgelegt, diese Besserung aber wird heut zu Tag nur um 50. fl. geschätzt. Nun ist die Frag, auf was für eine Zeit der Schätzung halber die Obacht zu nehmen seye? Und was die letztere Frag anbelangt, wann die verbesserte Sach nicht dauret, noch dem Herrn darvon etwas zu kommet, ist für sich selbsten klar, daß der Herr nichts schuldig seye. In dem ersteren Wahn aber, wann der Werth der Besserung gewachsen ist, schliest Fachin. loco citato gantz recht, daß der Herr schuldig seye, jenes dem Vasallen, oder Erb-Rechten Bauern oder ihren Erben zu bezahlen, was ausgelegt worden, nicht aber jenes, was mit der Zeit der Besserung zu gewachsen. Fachin. loc. cit. cap. 65. per totum. Dessen ist die Ursach, das besagtermassen unbillig seye, daß der Herr sich mit Schaden des Vasallen oder Bauern bereichen solle.

Wann demnach der Vasall, oder Erb-Rechte Bauer keinen Schaden leidet, so kan er wegen seines ausgelegten Gelds keine Bezahlung fordern, indeme solches allein der Natur in dem Glück oder Unglück zu messen muß. Welches absonderlich in gegenwärtig unserem Casu der veranleiten Frey-Stifft Platz gewinnen muß, weilen der Mayer ihme selbsten beymessen muß, wann er Unkösten gemacht hat, weil er gewust, oder hat wissen können, daß ihme als einem Bauern, deme der Herr augenblicklich das Guth wegnehmen kan, hiervon kein Wachsthum zu gehen werde.

Wir sagen also zum Beschluß in einem kurtzen Begriff, wann ein Erb-Rechter, oder ein Leib-Rechter, oder ein veranleiter Frey-Stiffter in ihren Erb-Rechten, Leib-Recht, oder veranleiten Freystifft-Gütheren in guten Absehen, ohne List, einige merckwürdige, und nicht nur geringe, oder solche Besserung, welche zu verfügen ohne daß dem Mayer obliegen, ohne Vorwissen und Willen des Grund-Herrn gemacht haben, sie deren Bezahlung fordern können, um jenen Tax oder Anschlag, was die Besserung in jenem Stand werth ist, wo den Grund der Herr an sich zieht, damit der Herr sich nicht mit Schaden des Bauerns bereichen könne. Und dahero, weilen wir gesagt haben, der Mayer habe das Recht, auch ohne Einwilligung des Herrn, ja wider des Herrn Verbott das

Guth

Guth zu verbessern, so folgt nothwendig, daß er das Guth ohne List besseret habe, also daß der Herr wegen seinem Verbott die Besserungs-Ersetzung nicht von sich schieben könne.

22. Es scheinet zehentens, es seye ein anderes von einem veranleiten Frey-Stiffter zu sagen, dann weilen einem solchen von dem Herrn, welcher den Mayer augenblicklich darvon schicken kan, verbotten worden, daß er in das Guth keine Kösten verwenden solle, so scheinet ja, daß der Bauer boßhafft handle, wann er dem Verbott nicht nachlebet. In denen Rechten aber ist verordnet, daß ein Bauer, der wider gutes Wissen handlet, die Besserungs-Kösten nicht fordern könne. Besag des Text. in §. 30. Inst. de acquir. rer. dom. Damit nun aber wir über diese Frag unsere Meynung eröffnen, ist vorzumercken, daß die Rechts-Gelehrte insgemein der Meynung seyen, daß allzeit und in jedwedren Casu der Herr die Wahl habe, ob er die Besserung bezahlen, oder leiden wolle, daß sothane Besserung aus dem Guth weggenommen werde. per text. in dict. cap. 1. §. si vasallus in feudo. tit. hic finitur Lex. Alvar. Valasc. loc. cit. n. 16. Rosenthal. dict. cap. 10. conclus. 43 n. 144. Hartm. Pistor. dict. quæst. 42. n. 3. Welches mit denen Bayrischen Statuten keineswegs

23. übereinskommt, weilen in diesem unseren gantzen Art. von solchem Wegnehmungs-Recht keine Meldung geschiehet, und allein geordnet wird, daß die Besserungs-Kösten besag dessen, was in nachfolgenden Articklen noch folgen wird, ersetzt werden müssen. Dahero nach unserer Meynung einem solchen in guter Meynung stehenden Bauern eine Action zu Erhaltung der Besserungs-Kösten gestattet wird, also daß der Herr die Wahl nicht hat, sich von der Bezahlung der Besserungs-Kösten zu entheben, wann er dem Bauer oder seinen Erben die Besserung wegzunehmen zu lasset: sondern er muß lediglich die Besserungen bezahlen, nicht zwar, wie gesagt worden, in jenem Werth, welcher zur Zeit der fürgenommenen Besserung gewesen, sondern in jenem Werth, welcher zur Zeit gefunden wird, da das Guth der Herr an sich ziehet. Dieses bestättiget der 8. Artickel wo ausdrucklich geordnet wird, daß einem solchen Herrn-Günstler erlaubt seye sein Recht, welches ob deducirter massen real ist, mit denen Besserungen verkauffen zu können. Wann also der Herr die Verkauffung verhinderen, und das Guth samt der Besserung an sich ziehen will, so muß er ja viel für die Besserung bezahlen, als viel selbe hätte verkaufft werden können, damit der Bauer schadloß gehalten werde, welcher ja den grösten Schaden leiden wurde, wann dem Herrn frey stunde, ihme wider Willen die Wegnehmung der Besserung aufbürden zu können, indeme ja jedermann bekannt, daß mit Wegnehmung der Besserung die Sachen nicht besser sondern nur schlechter werden. Wann aber ein solcher Herrn-Günstler wider des Herrn Verbott und Protestation, welcher nach Erlag, was zu erlegen ist, das Guth an sich ziehen will, Unkösten macht, alsdann vermeynen wir, in der Wahl des Herrn zu seyn, ob er dem Bauern den billigen Werth für die Besserung, welcher zur Zeit ist, da das Guth an sich gezogen wird, bezahlen, oder ihme die Besserung wegzunehmen gestatten wolle, weilen ein solcher halsstarriger Bauer als ein malæ fidei possessor zu halten ist, deme denen Rechten nach wegen boßhafft und halsstarriger Weis gemachten Unkösten weder eine Action noch eine Exception zu statten kommet. DD. ad dict. §. 30. Inst. de acquir. rerum dom. sondern allein ihme das Recht bleibet, die Besserung wegnehmen zu können, wann solche ohne Schaden des Guths weggenommen werden kan. L. Julianus. 37. ff. De rei vindi. & L. domum. 5. Cod. eod. & ibi DD. Sichard. disput. 4. thesi 5. circa finem. Ja, wann der Herr so viel geben will, so viel der Bauer aus denen weggenommenen Sachen, oder niedergerissenen Materialien erlesen wurde, kan er verhinderen, daß solche Sachen nicht weggenommen werden, wegen des Favoris publici, aus Ursach dessen nicht allein in denen Städten, sondern auch auf dem Land die Zerreissung der Gebäuen nicht leicht zu zulassen ist. per text. in L. in fundo 38. in princ. ff. de rei vind.

Eilfftens aber wird von jedwederer Besserung abgezogen, was abgeschleipfft worden, nicht allein, wann in eben einer Sach die Besserung und Verschlimmerung zusammen kommen, sondern auch wann sich solche in zerschidenen Sachen ergeben. Zum Exempel der Mayer hat zwar die Scheuren gebauet, das Hauß aber hat er verderben lassen, oder, wie mir begegnet ist, der Mayer hat zwar die Wismäder gegeilet, getrucknet, und dadurch in fruchtbarern Stand hergestellet, hingegen aber in dem Garten die Früchten tragende Bäumb umgehauen, und zwar aus purem Muthwillen und Neid gegen den Herrn, deme er vermöge der errichteten Brieffen die Helffte der Aepffel und Früchten alle Jahr als einen Theil der Gült geben müssen. Es ist ja die gröste Billigkeit, daß man die Besserung und Verschlimmerung gegen einander aufhebe, und wann die Unterschreibungen den Werth der Besserung übersteigen, der Herr auch den Gewalt haben solle, den Uberschuß von jenem abzuziehen, was dem Bauern sonsten ohne Besserung hinauszugeben, 24.

zugeben ist, nach klaren Innhalt unsers Articels: Und dessen Worten: Dargegen, wann sich ein Abschlaiff befunde, soll der Grund-Herr auch befugt seyn, solchen an deme, was er sonsten dem Mayer müste hinausgeben, aufzuheben, und abzuziehen. Dann es haben die Besserungen, und Abschlaipffungen gleichen Weeg, daß jener des andern Schuldner seye, und abziehen könne, dessen Forderung grösser ist, und in so weit, als eines oder des andern Recht nach Ausspruch der Sachen verständigen, wovon in dem 8. Articel gehandlet wird, grösser ist. Und dahero, wie wir oben schon einmahl gesagt haben, vermeynen wir, daß unsern Statuten nach ein unnutzliche Frag seye, ob die Ersetzung der Abschlaipffungen mit dem Grund selbsten zugleich mit einer Action begehrt werden solle, oder nach zuruck gestellten Guth insbesondere und zwar ex contractu bonæ fidei, vel stricti juris. Wovon handlet Schneidew. ad §. actionum n. 43. & seqq. Inst. de act. zumahlen wann man den Contract eines Erb-Rechts, Leib-Rechts, oder des veranleiten Frey-Stiffts bonæ fidei, oder stricti Juris nennen will, so müssen doch hingegen in Krafft der rechtlichen Verordnung die Besserungen und Verschlimmerungen gegen einander aufgehebt werden. Weilen unser Land-Recht auf die Spitz und Subtilitäten der Rechten absonderlich in diesen Bauern-Geschäfften keine Acht geben.

25. Zwölfftens aber ist der Haupt-Punct, welcher bey Ausrichtung dieses Articuls den Herrn Räthen die gröste Beschwernuß gemacht hat, ob nehmlich der Herr eines Herrn-Gunsts, oder veranleite Frey-Stifft, wann er weder dem Bauern um sein Recht und Besserung zu verkauffen den Consens geben, noch das Guth um billigen Werth und schon besagte auch sattsam ausgelegte Schätzung an sich ziehen will, dem Bauern seine jährliche Schuldigkeiten steigern könne? Und unser Articul antwortet lediglich mit nein, dann wann schon von darummen scheinen will, der Herr könne steigern, weilen dieser Contract, wie der Nahmen selbsten mit sich bringt, ein lauterer Gunst des Herrn ist; Gleichwie nun ein jedwederer Beständner seinem Bestands-Mann den jährlichen Zinß steigern kan, ausser es daurete der Contract nicht nur ein Jahr, sondern zwey oder drey Jahr, also auch scheinet es, daß einem veranleiten Frey-Stiffter nach des Herrn Gefallen die jährliche Schuldigkeiten können gesteigert werden.

Weilen aber wir schon öffter gesagt haben, daß dieser Contract des Herrn Gunsts oder veranleiten Frey-Stiffts ein Real-Recht utilis dominii dem Mayer zu eigne, wie das Erb- oder Leib-Recht, allein mit dem Unterschid, daß der Herrn-Gunst Bauer auf des Herrn Augenwinck weggeschafft werden könne, so hat entweder nach vieler unter denen Fürnehmsten des Landts-Fürsten Räthen beschehner Uberlegung diese Meynung den Vorzug erhalten, daß, wann der Grund-Herr den Grund nicht an sich lesen will, er dem Bauern den Gewalt und Consens ertheilen müsse, sein Recht, das ist, das dominium utile einem andern dem Herrn anständigen Kauffer (wegen welcher Anständlichkeit in nachfolgenden Articuln ein mehrers folgen wird) zu verkauffen, also, daß der Herr weder dem Bauern, noch seinen Erben, oder dem Kauffer die jährliche Schuldigkeiten steigern kan; wann schon dieser Contract scheinet die Natur eines gratuiti precarii zu haben, jedoch, weilen der Contract nicht in blosser Personal-Obligation bestehet, und das utile dominium am Guth selbsten auswircket, so wird die jährliche Abenderung und neue Steugerung der Schuldigkeit ausgeschlossen.

Dreyzehentens kan gefragt werden, ob nicht wenigistens dem Grund-Herrn, wann er einen andern Bauern haben kan, der jährlich aus dem Guth mehr geben will, das Einstandt-Recht gebühre, daß er inner Jahr und Tag daß einem andern verkauffte Guth so viel das utile dominium betreffend an sich ziehen, und jenem, der jährlich mehr daraus geben will, aufs neue als ein veranleite Frey-Stifft übergeben könne? Und wir antworten mit ja, dann es erhellet aus denen Articuln 14. und 15. des 10. Tit. der Land-Recht handgreifflich, daß eben so wohl das Einstand-Recht bey der veranleiten Frey-Stifft Platz habe, als bey einem Erb- oder Leib-Recht, wo wir ausgesagt haben, daß das dem Herrn zustehende Einstand-Recht kräfftiger seye, als das Einstand-Recht, welches denen Befreundten zu stehet, weilen denen Befreundten verbotten ist, Gewinns halber das Einstand-Recht zu gebrauchen, welches doch denen Grund-Herrn in besagten Articuln zu gelassen wird. Es kan also die Verordnung dieses Articuls leichtlich umgangen werden, wann der Herr eine Gelegenheit hat, daß vom Mayer verkauffte Guth einem andern mittelst einer neuen veranleiten Frey-Stifft zu überlassen, der jährlich aus dem Guth mehrer geben will. 26.

Was ist aber Rechtens, wann vierzehentens der Mayer zum Exempel um 600. fl. das Guth vom Herrn, oder seinen Mit-Erben, Glaubigern, oder einem andern Vorfahrer am Guth erhalten hat, jetzt aber solches um 1000. fl. verkauffen kan, 27.

kan, und auf deme hartnäckig beharrete, daß der Herr ihme zum Verkauffen die Erlaubnuß geben müsse? Wir antworten, daß nach Innhalt unsers Articuls der Herr nicht könne genöthiget werden, daß er den Consens zum verkauffen gebe, weilen er besagtermassen ein zweyfaches Mittel hat Das erste ist, daß er den Bauern jedoch schadloß unter Bezahlung, was der Bauer für Erhaltung des Rechts ausgelegt hat, fortschicken könne. Das andere aber ist, daß der Herr daß mit seinem Consens verkauffte Guth durch das Einstand-Recht an sich ziehen könne. Wann man also setzen will, der Herr lasse freywillig zu, daß der Mayer das Guth feil biete, vielleicht, weilen zwischen ihme und dem Bauern wegen des Gelds, so der Bauer zu Erhaltung des Guths ausgelegt hat, ein Stritt ist, alsdann, wann das Guth verkaufft ist, stehet in des Herrn freyen Willkuhr, ob er sich des Rechts, den Bauern wegzuschicken mit dem Geld, so der Bauer bey erster Erhaltung des Guths ausgelegt hat, oder des Einstandt-Recht bedienen, und also um den Kauff-Schilling einlesen wolle. Dann allzeit hat der Herr mehrern Vortheil, als der Bauer, weilen der Mayer, wie wir öffters erinnert haben, wie der Herr um den Nutzen und Gewinn nicht, sondern allein zu Abwendung seines Schadens handlen kan.

28. Endlich und funffzehentens wird zu End des Articuls über all vorbesagtes ein merckwürdiger Absatz beygeruckt, und zwar dieser, daß der Herr dem Bauern jenes zu præstiren, was der Mayer zu Erhaltung seines Rechts ausgelegt hat, nicht gehalten seye, wann er sein Recht aus eigner Schuld verlohren hat; Wir werden in nachfolgenden Articuln etliche Ursachen sehen, wegen welchen ein Leib-Rechter, Erb-Rechter, oder veranleiter Frey-Stiffter sein Recht aus seiner Schuld verliehren, und der Herr dasselbe ohne einigen Ersatz des Werths als verlohren an sich ziehen kan. Wann also vom veranleitn Frey-Stiffter etwas solches begangen wird, wordurch das Recht verlohren wird, so bedient sich der Bauer umsonst der Gutthat dieses Articuls, welche ja allein dem unschuldigen gestattet wird.

29. Welches sechzehentens die Rechts-Gelehrte insgemein nicht allein auf das Recht, oder dessen Werth, sondern auch auf den Werth der Besserung erstrecken, nach Innhalt L. 2. Cod. de jure emphyt. wo der Mayer die Besserungs-Kösten verliehrt, wann er wegen nicht bezahlter Gült seines Rechts verlurstiget wird; Schrad. de feud. parte 9. part. princ. sect. 2. n. 16. & seqq. Jul. Clarus. lib. 4. sentent. §. emphyteusis. quæst. 45. Alvar. Valasc. de jure emphyt. quæst. 25. n. 2. ad Longum. Wo er sagt, daß von dieser allgemeinen Meynung nicht abzuweichen seye, obwohlen er allda zum Widerspihl vieles anziehet. Dessen doch ohnerachtet, vermeynet Fachin. controv. jur. lib. 7. cap. 90. Daß der Herr mit des Vasallen Schaden die dem Lehen-Guth beygesetzte grosse Besserungen nicht behalten könne, wodurch das Lehen in grösseren Werth gestiegen ist, und welche von darummen ausserordentlich genennt werden, weilen der Vasall dem Lehen-Recht nach solche zu thun nicht schuldig ist, und entzwischen ungerecht wäre, daß einer sich mit des andern Schaden bereiche, seynd die Wort des fachinæi: L. nam hoc natura ff. de cog. in deb. L. jure naturæ. ff. de R. J. und seynd Text. in L. dominus. §. 1. & L. penult. ff. locat. Wo gesagt wird, daß der Bauer, welcher aus seiner Schuld fortgejagt worden, die nutzlich aufgewendte Kösten zuruck fordern könne, wegen welchen zu Einsetzung der Weinberg der Acker jährlich um 10. Ducaten mehr hat können verliehen werden, weilen in dem Contract nicht eingeschlossen, daß der Bauer Wein ziglen solle. Es macht also Fachin. einen Unterschied unter denen grösseren Besserungen, welche zu machen dem Recht nach der Bauer nicht schuldig ist, und unter denen kleinen Besserungen, welche zu thun der Mayer schuldig ist. Auf den Text in dict. L. 2. Cod. de jure emphyt. antwortet er, daß allda die Wort-Besserungen oder emponemata copulativè zu verstehen seyen, und nicht disjunctivè, daß also der Verstand seye, daß allein die emponemata, welches kleine Besserungen seynd, mit dem Guth dem Herrn zu fallen, dann emponema wird auf Griechisch genennt, was zu Bemäyer und Besamung des Grunds verwendet wird, und was einem Bauern zu thun selbst oblieget. Weilen nun dieses nothwendig in Krafft und aus Natur des Contracts geschehen muß, so ist sich nicht zu bewundern, wann solches mit dem Guth selbsten verlohren wird. Ein anders aber ist zu sagen in dem Fall, wann der Bauer freywillig etwas gethan, oder verwendet hat, so er nicht schuldig gewesen, als, wann er ein kostbahres Gebäu in dem Grund aufgeführt, daß dieses ein emponema seye, und mit dem Grund dem Herrn zufalle, wird niemand zu lassen. Simon. Schrad. in suo Lexico. verbo. emponema. Diesen Text thut anderst und subtill auslegen, Molin. loc. cit. disput. 155. Wo er sagt, daß der

der Verstand dieses Gesatz gantz anderst, und dieser seye, daß nehmlich der Mayer, der aus seiner Schuld das Guth verlohren, vom Herrn fortgejagt werden könne, wann er schon widersetzet, daß er Besserungen gemacht habe, oder daß in dem Contract bedungen worden, daß bey gewisser Pän der Mayer nicht könne ausgetrieben werden, weilen ein solches Pactum nur zu verstehen ist, wann der Herr den Bauern ohne Schuld und Ursach mithin unbillig vertreiben will. Daß aber die Besserungen verlohren werden, und dem Herrn mit dem Grund zu fallen, dieses seye in besagtem L. 2. Cod. de jure emphyt. nicht versehen. Weilen dann die Besserungen ein gantz andere Sach seynd, als der zum bemäyern überlassene Grund, so scheinet absurd zu seyn, daß dem Vasallen, oder einem Bauern, oder ihren Erben die Besserungen weggenommen werden, und mit derselben Schaden zum Gewinn dem Herrn zu fallen sollen. Und diese Auslegung ist besser als des Fachinæi, weilen das Wort vel seiner Natur nach disjunctiv ist, daß es nicht wohl kan copulativè genommen werden. Weilen aber auch Molina selbsten nicht gern von gemeiner Meynung abgehet, und unser Bayrisches Land-Recht, wie wir oben erinneret haben, meistens die gemeinere Sentenz umarmet, und von denen Subtilitäten abweichen, so vermeynen auch wir, es seye dißfalls der gemeinen Meynung anzuhangen; Welche wann man auch beybehaltet, so ist doch ein Unterschied zu machen, unter der Schuld und Mißhandlung, welche wider den Herrn begangen worden, (welche vielmehr die Ursach des Verlursts, als die Schuld einer unterlassenen Sach ist, wie wir anderstwo gesagt haben) und unter der Schuld oder Verbrechen, welche eine öffentliche Straff verdienet, und die Confiscation der Güther nach sich ziehet, weilen alsdann die Besserung nicht dem Herrn sondern dem Fisco zu fallen. Valasc. loc. cit. n. 2. vers. Verum tamen hanc.

30. Was ist aber Rechtens, wann unter dem Herrn, und dem Mayer ein Stritt ist, ob ein solches Verbrechen begangen worden, welche den Verlurst des Guths und der Besserungen nach sich ziehet, und der veranleite Frey-Stiffter wehrenden Stritt Besserungen macht, ob der Bauer wohl wenigistens in diesem Casu solche verliehre? Es scheinet, man könne mit ja antworten, weilen alsdann gemuthmasset wird, der Bauer seye ein nicht rechtmäßiger Besitzer, der wie wir schon gesagt haben, die Besserungen nicht begehren kan. Hierauf aber wird geantwortet, daß der Mayer die Besserungen nicht verliehre, ausser es seye gewiß, und eine Obrigkeitliche gesprochne Sach, daß sich der Bauer den Verlurst verwirckt habe. Valasc. loc. cit. n. 4. und Laymann. dict. disput. 455. n. 3. ja viele wollen, daß, wann schon dergleichen Besserungen nach der Kriegs-Befestigung, dessen sonst die Würckung ist, daß der Besitzer in malam fidem gesetzt werde, gemacht worden, der Mayer doch sein Recht nicht verliehre. Aus Ursach, weilen die Kriegs-Befestigung einen wahren malam fidem nicht, sondern allein præsumptam mit sich bringet, welcher, daß er so viel auswircke, nicht anscheinet, daß der Bauer die Besserungen verliehren solle. Dessen doch ohnerachtet behaupten Valasc. und Molina loc. cit. das Widerspihl gantz recht, weilen nach der Kriegs-Befestigung regulmäßig alle als malæ fidei possessores erachtet werden, als daß einer ein Rauber genennt wird, der nach der Kriegs-Befestigung etwas neues anfanget. Valasc. loc. cit. n. 4. Wann nicht vielleicht nothwendige Kösten gemacht worden, ohne welche die Sach zu Grund gienge, welches der Valasc. nicht allein auf die zur Reparation, sondern auch auf die zum neuen bauen verwendte Kösten erstrecken thut, welches uns zweifelhafftig vorkommt, weilen eine Reparation nöthig seyn kan, nicht aber ein neuer Bau. Lese den Valasc. loc. cit. Wo er auch vieles wegen denen nutzlichen Kösten disputirt, dessen Materi hiehero nicht gehörig ist, weilen dessen Weitläufftigkeit wegen unterschiedlichen Gesatzen, und der Authorum zerschiedenen Auslegungen vieles Papier erforderten.

Der sechste Articul.

Welcher fürterhin sein Guth, welches frey, und ledig ist, einem Mayer ohne Brieff, und Sigl verstifften will, der mag es anderst nicht thun, dan blossen Bestands, und Frey-Stiffts-Weiß, von einem Jahr zu dem anderen, oder zum längsten anf drey Jahr, und davon soll er keinen Anfall, oder Land-Schuld, noch sonst einig Geld, wie daß Nahmen haben mag, nehmen, sondern sich an der bedingten Jahrs-Gült begnügen lassen.

sen. Nehme er aber einen Anfall, Land-Schuld, Verehrung, Willen-Geld, oder dergleichen, solle er solches Geld dem Mayer wieder erstatten. Wollte aber jemand einem Mayer ein Beutel-Lehen, Erb-Recht, Leib-Geding, oder Herrn-Gunst, oder mehr als auf drey Jahr Stifft geben, mag er wohl einen Anfall nehmen, doch soll er die Verstifftung thun, mit Brieff und Sigl, darinnen die zwischen ihme, und dem Mayer gemachte Geding, fleißig beschrieben seyn, er auch von dem Mayer deßhalben ein Revers-Brieff nehmen. Wurden aber nicht Brieff aufgericht, so soll kein Weisung mit Zeugen (ausser des Bestands auf drey Jahr) statt haben, sondern die Stifft nur für ein blosse Frey-Stifft, oder Bestandt auf ein Jahr gehalten werden.

Summaria.

1. Wie vielerley Gattungen es einer Verstifftung gebe?
2. Was für ein Unterschied seye, unter einem Bestandt, Erb-Recht, und Leib-Recht?
3. Ob einer durch den Bestand auf 10. Jahr, worüber Brieff errichtet worden, ein Recht am Guth erwerbe.
4. Wann der Herr vom Bestand den Anfall empfangen, ob er solchen zuruck geben müsse oder hierdurch der Inwohner am Guth ein Recht erhalte?
5. Ob der Anfall mit samt dem *Interesse* zuruck zu stellen seye?
6. Ob der Herr wenigist beym Bestand auf 10. Jahr, wo Brieff aufgericht worden, den Anfall annehmen könne?
7. Auch beym Herrn-Gunst, und Erb-Recht?
8. Ob die Revers-Brieff nöthig seyen?
9. Was für Bedignussen in denen Brieffen bey Erb-oder Leib-Rechten Güthern nothwendig enthalten seyn sollen?
10. Was Rechtens, wann bey Leib-Rechten Güthern keine Brieff verhanden, ob sodann es nicht ein Bestands-*Contract* seye?

Die mehriste Sachen, so in disem Artickel enthalten seynd, seynd in vorhergehenden schon genug erläutert worden, das hauptsächlichiste aber ist, daß der Artickel sagt, daß jener, der sein frey eigen Guth einem Mayer verstifften will, er solches auf eine andere Weis als durch
1. Brieff und Sigl thun soll. Das Wort verstifften aber zeigt hier an, einem andern sein Guth zu nutzen und zu niessen überlassen, die Teutsche sagen verstifften. Weilen der jährliche Zinß, welchen der Herr einnimmt, ein Stifft auf Lateinisch aber fundatio genennt wird, welches Wort eigentlich den Ursprung genommen hat von zeitlichen und ewigen geistlichen und weltlichen Stifftung, als gleichsam der erste Grund-Stein der Jährlichen Gülten. Dergleichen Stifftungen aber giebt es bey uns in unserem Vatterland zweyerley Gattungen eine Real, und die andere Personal. Die reale Gattung ist, welche neben der Personal-Schuldigkeit auch erwecket das utile dominium. Und deren seynd wieder 3. Gattungen, wie wir schon offt gesagt haben, wegen dunckle der Nähmen aber zu widerhohlen nöthig seynd, erstlich das Erb-Recht, oder die Erb-Rechts-Gerechtigkeit. Andertens das Leib-Recht, oder die Leib-Rechts-Gerechtigkeit. Drittens der Herrn-Gunst, die veranleite Freystiffts-Gerechtigkeit. Die andere Gattung der Verstifftung ist, wodurch eine Sach mittelst eines blossen Bestandts-Contracts um einen jährlichen Zinß überlassen wird, und dieses ist ein lauterer Personal-Contract, wann er, wie der Artickel redet, in Bedingung um ein, zwey oder höchstens 3. Jahr bestehet, welche Jahr wann er übersteiget, so ist er schon nicht mehr eine blosse locatio und Conductio, sondern trittet ein in die Gestalt einer zeitlichen Stiffts-Gerechtigkeit.

Hierauf nun wird die erste Regul gesetzt, daß ein jeder Herr, der sein eigne Sach einem anderen zu nutzen und niessen, ohne Brieffschafften mit blossen einwilligen überlassen will, ein solches anderst nicht thun könne, als allein Bestandts-und Freystiffts-Weiß von einem Jahr zum andern oder höchstens auf 3. Jahr. Es ist ein in unserem Vatterland eine uraltes Gesatz, wie wir in vorgehenten schon gesagt haben, welches schon vor der Conspiration Pauli. 2. in cap. ambitiosæ. in extravagantibus. Zu dem Ende ersunden worden, damit unter dem Bestandt, und unter dem emphyteusi ein handgreifflicher Unterschid seye, damit nicht unter denen Herrn und Mayern so viel Stritt, welche vor altem beständig waren, entspringen. Dahero, wann schon der Mayer, der einen Acker oder Grund zum bauen und zum nutzen empfangen hat, sagt, daß er auf dem Grund wegen seiner jährlichen Gült ein Grund-Recht das jus utilis dominii habe, der wird in unsern Vat-

Vatter-Land nicht angehört, ausser er kan die über den zwischen dem Herrn und ihm getroffene Contract errichtete Brieff aufweisen, wann er schon den Grund über 20. Jahr um eben diesen jährlichen Gült ingehabt hat, weilen er allzeit darfür gehalten wird, er habe den Grund allein Bestands-Weiß ingehabt. Und also ist zu verstehen Gomez. var. resol. tom. 2.
3. cap. 3. de locat. conduct. n. 9. Lit. f. welchen wir oben schon allegirt haben, wo er sagt, daß wann der Mayer, oder Ingeheiß eine Sach auf 10. Jahr bestanden hat, er das utile dominium erworben habe, dieses aber aus Gewohnheit unsers Vatterlands allein wahr seye, wann bey einem Bestand auf 10. Jahr, nach ausdrucklicher Verordnung dieses unsers Artickels Brieff errichtet worden, dann ohne dieselbe, wie wir erst gemeldet haben, wird er nur für einen Bestand gehalten, und bringt kein Grund-Recht mit sich. Man kan also, wann man will, hier einen Unterschied unter dem gemeinen Recht, und
Diff. unserem Land-Recht anmercken, daß nehmlichen ein Bestand auf 10. Jahr dem gemeinen Recht nach auch ohne errichteten Brieff das jus utilis dominii gebehre, unsern Land-Recht nach aber in Ermanglung des errichteten Brieffs nicht als einen blossen Bestand mit sich bringe.

4. Welches für das anderte in so weit erstreckt wird, daß, wann keine Brieff errichtet worden, der Mayer kein Grund-Recht, es mag so viel Zeit verfliessen, als es wolle, erwerbe, wann er schon erweiset, daß er zur Zeit des Contracts den Anfall bezahlt habe, sondern es muß ihme der Anfall vom Herrn samt deme, was der Mayer als ein Verehrung oder aus einer andern Schuldigkeit ausgelegt hat, zuruck gestellt werden, weilen unsere Statuten ausdrucklich haben wollen, daß in einem blossen Bestands-Contract zu Anfang lediglich nichts unter keinem Prætext gegeben werden, sondern der Herr mit dem jährlichen Zinß zu frieden seyn solle.

Wir haben gesagt, daß bey einem Bestands-Contract der Anfall zuruck gestellet werden müsse: Dessen ist die Ursach, weilen die Bezahlung des Anfalls-Geld die Erhaltung des utilis dominii nicht mit sich bringt; wann jedoch auch die übrige Puncten darzu kommen, welche besagtermassen zum Beweiß eines Herrn-Gunsts, oder veranleiten Frey-Stifft nöthig zu seyn erzehlt haben, so ist kein Zweifel, daß die Verordnung dieses Artickels wegen Zuruckstellung des Anfall Gelds eben darummen weiche.

5. Ob aber das Anfall-Geld mit samt dem Interesse müsse zuruckgestellt werden? Ist eine Frag gewesen unter denen Räthen zur Zeit der aufgerichten Bayrischen Statuten, und es hat dem Gesatz-Geber beliebt, es seye vom Interesse nichts zu melden. Aus Ursach, weilen das Geld an sich selbsten unfruchtbar ist, und man kein Interesse zu zahlen schuldig ist, es seye dann bedungen worden, oder eine Verweilung geschehen, deren keines unterloffen zu seyn erachtet wird, und dem Ingeheiß genug seyn muß, daß er unter dessen die Früchten des bestandenen Guths genossen habe, welche vielleicht der Herr einem andern hätte theurer in Bestand überlassen können.

Die dritte Regul ist, daß jeder, der sein frey eigen Guth einem anderen als ein Bursch-Lehen, Erb- oder Leib-Recht oder als einen Herrn-Gunst, oder in Bestand über 3. Jahr überlassen, und hierüber Brieff errichten lassen will, den Anfall annehmen könne, welches denen Räthen so viel den Bestand über 3. Jahr betrifft, hart zu seyn vorgekommen, weilen die dreyjährige Früchten von solcher Wichtigkeit kaum seyn können, daß die Erlängerung über 3. Jahr den Anfall verdienen solle. Zu geschweigen, daß dem Geitz einiger Herren Platz gemacht wurde, wann ihnen durch ein öffentliches Statutum der Gewalt gegeben wird, wegen so kleiner Zeit den Anfall begehren zu können. Hierauf aber wird geantwortet, daß ein über 3. Jahr getroffner Bestand, worüber Brieff errichtet worden, aufhöre ein Bestand zu seyn, und ein Stifft-Gerechtigkeit, auf eine Zeit werde, womit das utile dominium eingeraumt wird; so offt aber das utile dominium übergeben wird, so offt muß das Anfall-Geld erlegt werden, wie wir schon oben gesagt haben, und nach der Hand bey dem 21. Artickel weitläufftig folgen wird. Weilen das Anfall-Geld zu einer Erkanntnuß dominii directi bezahlt wird; ist sich also nicht zu verwundern, daß bey einem über 3. Jahr schrifftlich gemachten Bestand daß Anfall Geld zu gelassen werde, wie im Gegenspihl, wann ein Bestandt ohne Brieff 20. Jahr gedauret hat, als ein Anfall kein Heller zu bezahlen ist, weilen darfür gehalten wird, daß der Bestands allein als ein Personal-Contract auf jede Jahr widerholet worden seye. 6.

Wann also bey einem über 3. Jahr schrifftlich errichten Bestand die Bezahlung des Anfall Gelds approbirt wird, so muß um so mehr der Anfall approbirt werden, bey einem Erb- und Leib-Rechten Guth. Weith befremdlicher kan einem fallen, daß auch bey einer veranleiten Frey-Stifft der Anfall bezahlt werden müsse, weilen ein solcher Mayer augenblicklich vom 7.

vom Herrn kan weggejagt werden. Weilen nun geschehen kan, daß der Mayer gleich das erste Jahr weggeschickt werde, so ist absurd, daß für ein so kurtze Zeit das Anfall-Geld könne begehrt werden. Wir aber antworten, daß besagtermassen bey der veranleiten Frey-Stifft eben wie bey dem Erb oder Leib Recht oder bey einem über 3. Jahr schrifftlich bedungenen Bestandt das utile dominium zugeeignet wird; wann nun einmahl das dominium utile zugekommen; so enspringet auch die Schuldigkeit, daß der Anfall bezahlt werden müsse. Hernach kan dieses nicht unbillig, hart, und fremd angesehen werden, weilen bey der ersten Bedingung der Erb oder Leib-Rechten Güther niemahlen der Anfall bezahlt wird, sondern allein in dem Fall, wann an Seiten des Mayers eine Aenderung geschicht. Zwischen der ersten Erhaltung des Rechts aber, und den Veränderungs-Fall kan zuweilen lange Zeit verstreichen, unter welcher die Nutzniessung das Anfall-Geld ersetzet. Endlich wann schon der Herrn-Günstler nach Gefallen des Herrn entlassen werden kan, so hat doch der Mayer besagtermassen das Recht, im Guth zu verbleiben, biß ihme neben andern Auslagen auch das Anfall-Geld zuruck gestellet wird.

8. Unser Artickel setzt zwar vor die vierte Regul, daß bey dergleichen Contracten von denen Mayern Revers-Brieffen genommen werden; uns aber scheinet, daß dieses mehr räthlich als nothwendig seye: Weilen wir kaum einmahl gesehen haben, daß die Revers im Brauch seyen wie bey den Lehen Güthern, wo sie gemein seynd, absonderlich bey Ritter-Lehen, so von einer grösseren Wichtigkeit seynd, bey welchen von darummen ein hergebrachte Sach ist, daß die Lehen-Brieff nicht ausgehändiget werden, wann nicht der Vasall durch die Revers mit Einverleibung der neuen Investitur sich zum Innhalt und dessen Beobachtung verbindet.

9. Es ist aber die fürnehmst und fünffte Haupt-Regul, daß in denen benöthigten Brieffen alle Bedignussen beschrieben werden sollen, mit welchen die Erb oder Leib-Rechte Gerechtigkeiten errichtet worden: Aus Ursach weilen dieses die Haupt-Ursach gewesen, warummen die Brieff erfunden, und, wie wir mit gemeiner Meynung darfür halten, aus Verordnung des Kaysers Zenonis in L. 1. Cod. de jure emphyt. und zwar als ein wesentliches Haupt-Stuck eingeführt worden, damit sothane Bedignussen so leicht nicht vergessen werden. Eben diese Ursach hat den Gesatz-Geber auch bewogen, daß er zur Substanz und Wesenheit zu einer Erb oder Leib-Gerechtigkeit die Errichtung der Brieffen erforderte, welche auch besagtermassen bey der veranleiten Frey-Stifftung nothwendig ist, nicht zwar bey Anfang zur Prob, sondern nach der Hand zu des Contracts Bestättigung, daß aus Mangel solchen Instruments so wohl der Herrn-Gunst, als auch das Erb- und Leib-Recht nichtig und krafftloß seye.

Endlich und letztlich wiederholet der Artickel, daß, wann über alle diese fünff Contract als Erb-Leib-Recht, Herrn-Gunst, Bestandt über 3. Jahr, oder Stifftung auf eine gewisse Zeit, und endlich über ein Bursch-Lehen kein ordentlich errichtes Instrument verhanden ist, keine Prob durch Zeugen gemacht werden könne: Unterdessen damit nicht der verhandlete Contract gäntzlich zerfalle, so wird darfür gehalten, daß die Partheyen allein einen jährlichen Bestand bedungen haben, welchen wann die Mayer nicht ankommen wollen, können sie dem Herrn das Guth frey überlassen, damit der Handel wider der Contrahenten Willen nichts wircke, wider den Innhalt des L. 17 §. 14. & 15. ff. ad municipal. & L. non omnes 19. in princ. ff. de reb. cred. Ist also diese Verordnung von keinem Zwang, daß der Contract auf ein Jahr gelten solle, sondern willkührlich, daß denen Partheyen frey seyn solle, den Contract alle Jahr zu erneueren. 10.

Der siebende Articul.

Da auch fürterhin, bey den Stifften, Clösteren, Gotteshäuseren, Spitalen, und dergleichen Orten, auch Pfarr-Höfen, und Beneficien, die Güther heimfallen, und müßig werden, soll man sie ohne Zierlichkeit der Rechten, welche in Veränderung der geistlichen Güther erfordert werden, anderst nicht, dann solchermassen verleyhen, und verstifften, daß sie nicht mehrer Gerechtigkeit (ausgenommen da man ein Leib-Geding geben wolt,) nicht beschwehrt werden, als vorige Stiffter und Mayer darauf gehabt haben, und solche zu verstifften, zuvor ein Brauch gewest ist; da aber die Verstifftung altem Gebrauch nach beschicht, seyn alsdann die nachfolgendte Prälaten,

Prälaten, Verwalter, Pfarrer, und Beneficiaten, solche Zuhalten schuldig, allermassen, als wann sie es selbs verstifft hätten, doch ausgenommen der Widum-Höf.

Summaria.

1. Ob die geistliche Güter als Erb-oder Leib-Recht, und mit was für Bedingnussen verliehen werden können?
2. Ob sie zu Leib-Recht, oder Neu-Stifft verliehen werden können?
3. Ob ein geistliches Guth, so als ein Leib-Recht verliehen zu werden gepflogen worden, und dem Herrn heimgefallen ist, aufs neue wiederum als ein Leib-Recht mit erhöchten Gülten verliehen werden könne?
4. Ob nicht die Widum-Höf ausgenommen werden, also daß sie als Leib-Recht nicht verlassen werden können? Und was ein Widum-Hof seye?
5. Ob ein Bischoff die mit dem *Capite* gemeinschafftliche Güther ohne desselben *Consens* aufs neue zu Lehen-oder Erb-Recht verleihen könne?
6. Wann ein Prälat ein heimgefallenes Guth wiederum als Erb-Recht verleihen will, ob hierzu der *Consens* des Lands-Fürsten erfordert werde?
7. Inner was für einer Zeit erachtet werde, daß eine Sach zu Lehen zu geben, hergebracht seye?
8. Wann, und welchen eine neue Verleichung nicht geschehen könne?

Nachdem in vorgehenden Articul überhaupt gesagt worden, welcher gestalten der weltlichen Leuten Bauern-Güther zu Erb- und Leib-Recht, zum Herrn-Gunst verlichen, oder in Bestand 2. 3. und mehr Jahr vergeben
1. werden können. So wird jetzt auch von geistlichen Güthern gehandlet, welche zu Clöstern, Dom-Stiffter, Collegiat-Stiffter und andere, zu Spittäler und andere milde Stifftungen, zu Pfarrern, und Beneficiaten oder vielmehr zu denen Pfarreyen und Beneficien gehörig seynd, über welche alle eine algemeine Regul gesetzt wird, daß deren Veräusserung, und alle Pacten, durch welche deren Dominia auf andere kommen, alle Verleichungen, Hypothecen, Beständt über 3. Jahr, nicht weniger alle Belehungen, oder Erb-Rechts-Contract unter der Excommunication, und andern Straffen verbotten seyen, in welche sowohl die veräusserendte als auch die übernehmende einlauffen. Text. in cap. ambitiosæ, de rebus Ecclesiæ non alienand. in extravagant. Welches wir weitläuffiger nicht ausführen wollen, weilen der Canonisten Bücher hievon voll seynd, also daß auch ein Prälat über die Kirchen-Güther nichts disponire, veräusseren, vertauschen oder veränderen kan, ohne Canonische Solemnitäten, das ist, ohne Capitular-Abhandlung, Consens, Siglung und Unterschrifft. cap. sine except. 12. quæst. 2. cap. nulli X. de rebus Ecclesiæ non alienand. cap. 1. de his quæ fiunt à prælato sine consensu capituli. Welches auch in so weit wahr ist, daß der stillschweigendte Consens des Capitels nicht genug, sondern der ausdruckliche nothwendig ist; Absonderlich, wann um eine wichtige Sach, und um eine beständige Veräusserung zu thun ist. cap. de Rebus Ecclesiæ non alienand. in 6to. Welcher Capitular-Tractat und Consens, weilen es eine äusserliche Solemnität ist, daß mit unterlossen seye, in Zweifel nicht gemuthmasset wird, wann nicht solch alles Rechts-behörig erwiesen wird. L. sicendum. ff. de v. o. L. quæcunque §. fin. ff. de publ. in rem act.

Diese Regul doch leidet absonderlich einen Absatz bey denen geistlichen Güthern, welche bißhero als ein Lehen, Erb- oder Leib-Recht, Herrn-Gunst zu verlassen geoflogen worden; Dann daß dergleichen Güther auch vom Prälaten ohne Capitular-Consens und andere Solemnitäten aufs neue wiederum zu einem Lehen-Erb- oder Leib-Recht, oder Herrn-Gunst verlichen werden können, ist eine ausgemacht in Teutschland hergebrachte, und von denen berühmtisten Authorn unterstützte Sach, wovon sehr weitleiffig handlen Schrader. de feud. part. 4. cap. 2. Rosenthal. de feud. cap. 4. conclus. 25. & seqq. Gilck. de præscript. part. 3. cap. 8. n. 3. Welcher Meynung auch unsere Land-Recht beystimmen.

Jedoch zweytens dergestalten, wann solch neue Verlassung der Güther mit denen gewohnlichen Bedingnussen wiederhohlet, auch das geistliche Guth nicht härter beladen wird, als es zuvor bey denen verstorbenen Mayern beladen gewesen, aus Ursach, weilen ein solche Verlassung vielmehr eine Wiederhollung der ersteren, als eine neue Veräusserung anzusehen ist, und der Kirchen oder milden Stifftung nichts abgehet, sondern derselben alte Recht und Gerechtigkeiten erhalten werden. Gail. lib. 2. obser. 161. n. 3.

Aus welchem drittens sich ergibet, daß wann bey einer solchen neuen Verleihung die

die vorige Bedignussen veränderet werden, und der Kirchen was abgehet, ein solche Verleichung gantz ungültig seye, also daß, obwohlen sonst niemandt wider sein eignes Factum handlen, jedoch ein Prälat, der dergleichen Verlassung mit neuen und præjudicirlichen Bedignussen thut, solche aus eigner Macht umstossen kan. cap. si quis presbyterorum X. de rebus Eccl. non alien. cap. ambitiosæ. in extravag. cap. quovis. 35. quæst. 6.

2. Der Artickel jedoch viertens nimmt aus das Leib-Recht in den Worten, ausgenommen, da man ein Leib-Geding geben wolt. Welche Wort uns einige Beschwernussen machen. Die erste ist, ob unsere Land-Recht als weltliche Statuten beym Leib-Geding dem geistlichen Recht præjudiciren können? Dann es ist gewiß, daß dem geistlichen Recht nach, eine ohne Recht erforderliche Solemnitäten beschehne Veräusserung eines Leibs-Gedings eben so verbotten seye, als eine neue Belehnung, oder neue Erb-Rechts-Verlassung; Dann man mag mit dem D. Rath. loc. cit. assert. 101. das Leib-Recht eine blosse Nutzniessung nennen, welches es doch nicht ist, oder mit uns ein Leib-Geding, so ist doch dessen ohne Canonische Solemnitäten beschehne Aufrichtung nichtig und krafftloß, weilen das cap. nulli §. alienationis X. de rebus Eccl. non alien. & Clement. prima. de rebus Eccl. non alien. den Bestandt auf 10. Jahr, ja so gar das Gesatz Pauli des andern in cap. ambitiosæ in extravag. Auch den Bestandt über 3. Jahr mißbilliget, wie vielmehr dann ist zu mißbilligen ein Leib-Geding, wodurch dem Mayer nach unsern Land-Recht das Recht des utilis dominii eingeraumt wird. Wir wissen zwar, daß der Fürst Albert seeligsten Andenckens am Landt-Tag Anno 1557. dem Prälaten-Stande auf ihre vielfältige Instanz als eine besondere Gnad zu gelassen habe, daß sie das Recht haben sollen, Leib-Geding zu dem Ende aufrichten zu können, damit getreuere Diener erhalten möchten, wann sie wissen, daß die Prälaten den Gewalt haben, einem nach Verdiensten ein geistliches Guth auf Leib-Leben-Lang zu nutzen und zu niessen überlassen zu könne. Verstehe auf Leib-Leben-Lang dessen so das Guth empfangt, und nicht der es gibt. Dann es gibt in unserem Vatterland noch ein Recht, so die Neu-Stifft genennt wird, das ist, daß einer aus dem Besitz des Guths nicht könne vertrieben werden, dann nach dem Todt dessen, so solches Guth verliehen hat, welches absonderlich an gewissen Orten bey Prälaten und andern geistlichen Persohnen im Brauch ist. Und dises ist dem gemeinen Recht nicht zu wider, weilen einem jedwederen Geistlichen, der von jenem oder diesem Hoff in Krafft seines Beneficii die Nutzniessung hat, solche einem andern auf sein des geistlichen Leben-Lang nach Gefallen zu überlassen erlaubt ist. Jenes aber, daß ein geistliche Persohn für jene Zeit, da derselben das Recht zu nutzen und zu niessen nicht gebührt, zum Exempel zu schaden und Præjudiz des Nachfolgers ohne die vom geistlichen recht erforderte Solemnitäten einem andern die Nutzniessung überlassen könne, ist glatt, wider die geistliche Recht, und folglich, weilen eine all zu bekannte Regul ist, daß die weltliche Fürsten über geistliche Sachen zu disponiren kein Recht haben, wird billig in Zweifel gezogen, ob diese gnädigste Albertinische Verleichung ein genugsames Fundament haben könne? um so mehr, weilen in all anderen Geschäfften, über die Verpflegung der geistlichen Güther allzeit erfordert wird, daß der Ordinarius und der Orten Pfarrer darum wisse, wie zu sehen ist in dem gantzen 9. Titl. lib. 1. der Lands-und Policey-Ordnung. Weilen aber D. Rath sich von Untersuchung dieser Frag enthalten, so wollen auch wir die Hand von der Butten thun, um so lieber, weilen dißfalls von der Prälaten, und andern geistlichen Persohnen obern, sie mögen die Herrn Bischöff, oder der religiosen Generals-Persohnen seyn, bißhero keine Widerred gemacht worden, und das Recht des Leib-Gedings für sich selbsten nicht von grosser Wichtigkeit ist. Weilen wie das Neu-Stifft-Recht durch den Todt dessen, so solches gegeben hat, aufgehoben wird, also auch erlöscht das Leib-Recht durch den Todt dessen, so solches empfangen hat, daß also dem Nachfolger deßwegen ein geringes Præjudiz entspringe. Zu geschweigen, daß viele Recht über geistliche Güther aus uralter Observanz und Gewohnheit des Vatterlands unsern Fürsten notorisch zu stehen, welche diese Verordnung approbiren können, wie wir bey dem Büchel der erklärten Lands-Freyheit an vielen Orten, absonderlich in der Præfation oder Vorred, wann uns GOTT das Leben und die Kräfften geben wird, sehen werden.

Welchergestalten aber andertens die in unserm Articul eingeschloßne Wort, ausgenommen, da man ein Leib-Geding geben wolt. Zu verstehen seyen, haben wir grösseren Anstandt; dann wann wir die von dem Durchlauchtesten Fürsten Albert gemachte Verleichung ansehen, so erhellet, daß dessen Willens Meynung gewesen, daß auch ein Leib-Geding von geistlichen Güthern einen getreuen Diener

gegeben

gegeben werden könne, wann schon vor nicht gewöhnlich gewesen, daß solches Guth zum Leib Geding gegeben worden; aber, wann wir die Wort unsers Articuls genauer überlegen, so scheinet, es seye denen Prälaten auf keine Weis gestattet worden, ohne Rechts erforderliche Solemnitäten ein lediglich frey eigen Guth zu einem Leib-Geding machen zu können, weilen dieses eine wahrhaffte Veräusserung nicht allein der Nutzniessung, wie D. Rath darfür haltet, sondern des Juris utilis dominii. Welche Veräusserung in cap. ambitiosæ unter den Worten nec contractum emqhyteuticum ausdrucklich verbotten wird. Wann
3. aber die Wort unsers Articuls wohl angesehen werden, so bringen sie nur dieses mit sich, daß, wann ein zuvor zu einem Leib-Geding verliehene Sach dem Prälaten nachgehends wieder heimfallet, solche aufs neu wiederum zu einem Leib-Geding verliehen, und mit härteren Bedignussen belegt werden könne. Welches, obwohlen dem gemeinen Recht nach besagtermassen auch verbotten ist, so getrauen wir uns doch nicht diese Verordnung über die Wort, mit welchen der Articul redet, zu erstrecken, absonderlich, weilen weit mehr ist, eine freye eigne Sach aufs neue zu einem Leib-Geding verlassen, als eine vorhin schon zum Leib-Geding verlassen geweste dem Herrn aber wider zuruckgefallene Sach mit neuen Bedignussen beladen; Wann der geneigte Leser darfür halten will, daß dißfalls unsere Land-Recht als in einer geringen Sach dem geistlichen Recht habe einen Abbruch thun können, so ist hier wiederum unter dem gemeinen, und unsern Land-Recht ein Unterschid zu machen. Wir thun unsere Meynung biß zu Auslegung der erklärten Lands-Freyheit verschieben: Unterdessen daß unsere Land-Recht auch ein gantz nagel neue Verleihung eines Leib-Rechts für eine geringe Sach halten, ist abzunehmen, aus dem 9. Art. des 3. Tit. lib. 1. der Landts-und Pollicey-Ordnung, wo ausdrucklich verbotten wird, daß die Vasallen ihre Lehen einem andern zum Erb-Recht nicht vergeben sollen, nichts destoweniger doch wird ihnen gestattet, daß sie in ihrem Lehen einem andern ein Leib-Recht zu lassen können, weilen allda die Leib-Recht allein denen blossen Bestandts-Contracten verglichen werden.

Diff.

Hier aber entspringet die Frag, wann daß von einem Prälaten entweders gantz nagel neu verliehene, oder ihme heimgefallene Leib-Recht wiederum einem anderen entweders mit denen vorigen alten, oder mit neuen der Kirchen mehr præjudicirlichen Bedingnussen verliehen worden, ob solche Verleihung nur daure, so lang der Prälat lebt, nach der Regul, wann des Gebers sein Recht erlöschet, erlöschet auch das Recht dessen, so es vom gebenden empfangen hat, und in Krafft des erst citirten 9. Articuls lib. 1. und 3. Tit. der erklärten Landts- und Pollicey-Ordnung. Wo daß in einem Lehen ohne des Herrn Consens überlassene Erbs-Recht erlöschet, so bald das Lehen dem Herrn zuruckfallet. Daß aber in unserem Casu gantz anderst zu reden seye, kan niemand übel nehmen, welcher nach Verordnung unsers Articuls zu last, daß nehmlich daß dem Herrn heimgefallene Leib-Recht mit neuen und härteren Bedignussen wiederum zu einem Leib-Recht verlassen werden könne. Dann

Weilen fünfftens unser Articul zuletzt insgemein verordnet, daß ein jeder Prälat, oder andere geistliche Persohn eine Sach, so gewöhnlichermassen zu einem Beutel-Lehen, oder Erb-oder Leib-Recht, oder zum Herrn-Gunst verliehen worden, wiederum ohne in geistlichen Rechten erforderliche Solemnitäten unter vorigen Bedingnussen einem andern verleihen kan, also daß seine Nachfolger daran gehalten seynd. So ist eben dieses auch von einem Leib-Recht, so andern mit zerschiedenen und härteren Bedignussen gantz neuerlich verliehen worden, zu sagen, dann, weilen dieses nicht wenig einem Prälaten, und andern geistlichen Persohnen in Krafft unsers Articuls erlaubt ist, als wann die Verleihung mit denen alten Bedignussen geschehen wäre, so ist billig zu sagen, daß auch die Nachfolger daran gehalten seyen.

Aus welchem erhellet, daß die einclavirte Wort, und darin enthaltene Verordnung, so alle geistliche Persohnen in sich begreiffen, nicht allein zu Favor des Prälaten-Stands, sondern auch zu Favor der gantzen Geistlichkeit eingeführt worden, daß nehmlich auch die weltliche Geistlichkeit ein Mittel habe getreue Diener zu belohnen, und selbe in ihren Diensten zu erhalten, welches ja die Ursach ist, daß diese vom gemeinen Recht abweichende Verordnung desto leichter behauptet werden könne.

Endlich und letztlich seynd über diesen Articul drey Wort wohl zu mercken, nehmlich doch ausgenommen der Widum-Höf. Also der Articul also zu verstehen, daß, wann schon gehörtermassen sowohl dem gemeinen als unsern Landt-Recht nach eine Sach, welche man von Alters hero zu einem Beutel-Lehen, oder Erb-Recht ꝛc. verliehen zu werden gepflogen worden, mit gewöhnlichen Bedignussen 4.

auch vom Prälaten, Pfarrer, oder Beneficiaten allein verliehen worden, und solche Verleihung die Nachfolger halten müssen, nicht anderst, als wann sie mit allen Solemnitäten geschehen wäre, jedoch bey Veräusserung der Widum-Höff ein anderes zu halten seye, also, daß dergleichen zu veräusseren gewöhnliche Güther zum Præjudiz der Nachfolger, wann schon von denen alten Bedingnussen nichts geendet wird, nicht können wieder veräusseret werden. Ehe und bevor wir die Ursach dieser Verordnung geben, ist zu sehen, was ein Widum-Hof seye. Und wir antworten, in unserem Bayr-Land werden schier in allen Orten einige Güther gefunden, welche Widum-Güther genennt werden, das ist, die zu geistlichen Gebrauch gewidmet seynd: Und deren seynd zweyerley Gattung, die erste ist, welche zur Kirchen gehört, und wird mansus Ecclesiæ genennt, die andere aber, so dem Pfarrer, oder Kirchen-Dienern zugehört, und wird mansus parochi genannt. Anderstwo haben wir eine Fabel oder Begebenheit erzehlt, daß einstens unter dem gemeinen Volck, weiß nicht was für ein Prophet aufgestanden seye, der (daß der Jüngste Tag vor der Thier seye), denen armen Leuten so kräfftig eingeschwetzet habe, daß sie nichts gebauen, und alles, was sie hatten, durchjageten, die Hauth anfülleten, damit sie als wohlgemästet dem zu Gericht kommenden Herrn entgegen gehen können Da nun es denen Pfarrern und Kirchen-Dienern aus Abgang der Zehenden, an der Nahrung gebrechete, waren also genöthiget anderstwo um solche umzusehen, so haben sie gewisse Gründe an sich gezogen, und durch deren Anbau sie ihnen und der Kirchen den nöthigen Unterhalt erworben, und diese Grund-Stück waren von darummen mansi genannt worden, als wann sie auf beständig bey ihnen verbleiben müssen. Diese Fabel mag glauben, wer will, unterdessen ist dieses wahr, daß noch heut zu Tag solche mansos oder Widum-Höf gebe, deren einige zur Kirch als eine Ausßteuer gehören, einige aber zum Unterhalt der Pfarrer gewidmet seynd.

Dannenhero wird gefragt, ob diese beyde Gattungen der mansorum in diesem Articul unter dem Wort der Widum-Höf begriffen seyen? was die mansos oder Widum-Höf der Pfarrer anbetrifft halten wir darfür, gantz recht verordnet worden zu seyn, daß, wann schon mehrere Pfarrer nach einander ihre Pfarr, und Widum-Höf denen Mayern zu einem Erb- oder Leib-Recht, oder Herrn-Gunst, oder in Bestandt auf 10. oder 30. Jahr zu geben gepflogen haben, denen Nachfolgeren doch allezeit solches widerruffen können. Aus Ursach, weilen wahrhafft dergleichen mansi ein Theil des Pfarrlichen Unterhalts seynd: an welchem kein Vorfahrer dem Nachfolger einen Abbruch hat thun können: und von diesen Widum-Höfen daß der Articul rede, bin ich vergewist: Dann, was den mansum Ecclesiæ, oder Kirchen-Güther anbelangt, weilen die Kirchen nicht wie die Pfarrer selbsten die Güther bauen und Fruchtbringen machen kan, so ist nothwendig zu zu lassen, daß solche Güther zum bauen einem andern entweders als ein Beutel-Lehen, Erb- oder Leib-Recht, oder Herrn-Gunst überlassen werden. Und fürwahr daß diese Pfarrliche Widum-Höff ein wenigers geistliches Recht haben, als die Kirchen-Güther, erhellet aus deme, weilen diese Pfarrliche Widum-Höf unter der Jurisdiction weltlicher Herrschafften stehen, und mit anderen Unterthanen gleiche Beschwerde tragen, Steuern und Anlagen bezahlen, und Fron-Dienst verrichten müssen, und zu dergleichen die Pfarrer selbsten von ihren geistlichen Obrigkeiten angehalten werden. Von deren Güthern Unterschied, wie wir an einem andern Ort oben schon versprochen haben, wann uns GOtt das Leben stärcken wird, werden wir noch mehrer reden. Hier aber schliessen wir, daß die Kirchen-Güther unter unsers Articuls Verordnung nicht begriffen seyen, sondern wann sie von denen Kirchen-Pflegern zu einem Beutel-Lehen, Erb- oder Leib-Recht, oder zu einen Herrn-Gunst verliehen zu werden, die Gewohnheit gewesen ist, auch inskünfftige ohne Solemnitäten des geistlichen Rechts wieder dahin können gegeben werden, wann nur dergleichen Güthern keine grössere Beschwerde aufgelegt werden, als zuvor darauf gelegen seynd.

Doch ist zu mercken, daß ein anderes zu sagen seye von denen Güthern der Bischöffen, welche ihnen mit ihren Capitlen gemeinschafftlich seynd, dann, obwohlen ein Bischoff die Bischöffliche eigne zuruckgefallene Güther zu Præudiz seiner Nachfolger mit denen alt gewöhnlichen Bedingnussen aufs neue zum Beutel-Lehen, Erb- oder Leib-Recht, oder zum Herrn-Gunst ꝛc. verleihen kan, so kan er doch die mit seinem Capitel gemeinschafftliche Güther, wann solche schon zu Lehen zu geben vorhin gewohnt gewesen, ohne des Capitels Consens nicht mehr zu Lehen geben, welches eben auch von denen Erb- und Leib-Rechts-Gerechtigkeiten zu sagen ist, aus Ursach, weilen ein grosser Unterschied ist unter solch beyden Casibus; Dann der Bischoff hat über die Bischöffliche Güther die vollständige Administration, 5.

über

über die Güther aber, so mit dem Capitel gemeinschäfftlich seynd, ist die Administration mit dem Capitel gemeinschäfftlich, muß also auch die neue Belehnung gemeinschäfftlich seyn. Fachin. lib 7. controv. cap. 66. per totum.

6. Wird wohl auch zu deme, daß ein Prälat eine ihme heimgefallene Sach wiederum als ein Lehen, Erb-Recht, oder Herrn-Gunst verleihen könne, auch des Landts-Fürsten Consens erfordert werde? Wir antworten, es seye zwar der Räthen Meynung gewesen, daß dieser Verordnung ausdrucklich beygesetzt werden solle, daß die Wider-Belehnung keineswegs ohne Lands-Fürstlichen Consens geschehen solle, weilen aber der Artickel von Einholung des Lands-Fürstlichen Consens zur Wider-Belehnung kein Wort meldet, so halten wir darfür, daß solch von darummen nicht nöthig seye, weilen auch der Consens von geistlicher Obrigkeit nicht erfordert wird, wann schon dieser geistliche Consens bey Veräusserung geistlicher Güther weit mehr, als der Consens des Lands-Fürsten nöthig ist; ja, wann ein Prälat seines Capitels Consens nicht nöthig hat, wo doch die Kloster-Güther dem Prälaten und dem Capitel gemein seynd, so ist noch weniger nöthig der Consens des Landts-Fürsten.

Man wird einwenden, warummen wir auch hier des Capitels Consens ausschliessen, wann von dem Prälaten eine Sach wieder zu Lehen geben wird, kurtz zuvor aber behauptet haben, daß bey Wieder-Belehnung einiger dem Bischoffen und seinem Capitel gemeinsamen Sachen des Capitels Consens nöthig seye? Wir antworten, daß ein Bischoff und das Capitel über gemeinschäfftliche Güther auch die gemeinschäfftliche Administration haben, daß so folglich ein Theil ohne den andern die Wieder-Belehnung nicht verfügen kan; Ein Prälat aber hat über die Kloster-Güther allein die Administration, wann schon solche auch dem Capitel communicirt werden. Es kan also ein Prälat als ein wahrhaffter Administrator allein die Wieder-Belehnung thun, welche der Bischoff in gemeinschäfftlichen Güthern mit dem Capitel zu verrichten hat.

Wann man fraget, inner was Zeit könne gesagt werden, daß eine Sach zu Lehen hergebracht worden seye? so antworten wir, es gebe der DD. vilerley Meynungen; etliche erfordern 10. etliche 30. Jahr, etliche ein unfürdenckliche Zeit, die mehriste aber 40. Jahr, weilen bey einer jedwederen Verjährung wider die Kirchen ein Umlauff von 40. Jahren nöthig seye. Wir halten darfür, es seye des Curtii des jüngern Sentenz de feudis. part 2. post numerum 7. unsern Bayrischen Landt-Recht gantz gleich, wo er sagt, daß wann eine Sach zu Anfang solemniter zu Lehen gegeben worden zu seyn erwisen wird, kein andere Zeit erforderet werde, sondern eben darummen vom Prälaten oder andern geistlichen Administratore wiederum ohne Solemnitäten unter vorigen Bedingnussen frey anwerden könne, welches gleichsam die Wort unsers Articuls selbsten seynd. Lese den Fachin lib. 7. controv. jur. cap. 67. 7.

Endlich, wann schon in Sachen, die zu Lehen zu geben hergebracht worden, denen geistlichen Persohnen das Recht und der Gewalt die Investitur ohne neuerliche Solemnität zu wiederholen zu stehet, so seynd doch sehr vil Puncten, welche der neue Verleiher beobachten muß, als, wann ein Kirch jene Sach, so zu Lehen zu geben hergebracht worden, zu eignen Gebrauch nöthig hat. Item daß solche Sach keiner Statt, oder Gemeind jemahlen verliehen werde, weil sie nicht sterben, wann schon sonsten die vorige Bedingnussen beobachtet werden: Item keinem mächtigeren, als der erste Vasall gewesen, weilen eben darummen die neue Verleihung der Kirchen härter fallete. Item keinen befreunden, oder dergleichen Leuthen, so der Kirchen nicht dienen, noch die jährliche Schuldigkeiten abstatten können. Und anders mehr, wovon weitläuffig handlet Rosenthal. de feud. cap. 4. conclus. 33. cum seqq. Wohin wir den Leser anweisen, damit unser Werck nicht zu groß anwachse. 8.

Der achte Articul.

Welcher Mayer sein Beutel-Lehen, Erb-Recht, Leib-Geding, oder Herrn-Gunst, verkauffen, übergeben, oder in ander Weeg veränderen will, der soll es thun mit Bewilligung, und Wissen seines Grund-Herrns, und jederzeit die Fahrnuß sonderbar anschlagen, damit man wisse den eigentlichen Werth, der veränderten Gerechtigkeit, oder des Herrn-Gunsts. Kan nun der Mayer beweisen, wie hoch die Gerechtigkeit, oder auch der Herrn-Gunst, mit Wissen und Bewilligung des Grund-Herrn an ihne

ihne kommen, oder es ist deßthalben zwischen ihme, und dem Herrn kein Stritt, so ist der Herr schuldig, ihme wiederum so hoch gegen einem andern verkauffen zulassen, deßgleichen auch die Besserung, da der Mayer das Guth nahmhafft bessert hat, doch daß diß dargegen auch der Abschiapff, da einer verhanden, an dem Geld, so vil es den Mayer gekostet, abgesprochen werde, kunte aber, oder wolte der Mayer nicht beweisen, wie hoch er die Gerechtigkeit, oder einen Herrn-Gunst bekommen, und an sich gebracht, sondern gedächte solch sein Recht, wie das Nahmen haben mag, nach Gewaltsame des Guths, und Nutzens, den er darbey haben kan, hoch zu überschlagen, oder zu einem Deck-Mantel des übermäßigen Kauffs, die Fahrnuß zu hoch zu schätzen, so mag der Herr nach Meynung, und Gutachten unpartheyischer Leuth, die Ubermaß ringeren, und allein den billigen Werth zu lassen. Und wo dann der Mayer vermeynt, sein Herr hätte ihm den Kauff-Schilling, oder Ubergabs-Summen zu fast geringert, und möchte sich in der Güte mit ihme nicht vergleichen, so soll jeder Theil einen der Sach verständigen Mann darzu geben, und der Richter auch noch einen darzu verordnen, welche dem Richter an Eyds-Statt angeloben sollen, ihr Gutachten und Meynung, treulich und ohne Gefährde, niemand zu lieb, oder zu leyd, nach eingenommenen Augenschein, dem Richter anzuzeigen, und nach solchem Gelübt soll der Richter mit solchen drey Männern den Augenschein zu Dorff und Feld in Beyseyn beyder Partheyen einnehmen, und fleißig in Obacht haben, wie das Guth mit seinen Nutzungen beschaffen, und ob an demselben etwas nahmhafftes gebessert, oder geärgeret worden, und alsdann nach gestaltsamb der 3. Männer-Schätzung, und Gutachten erkennen, wie hoch der Mayer sein Gerechtigkeit, oder den Herren-Gunst, ausserhalb der Fahrnuß verkauffen mög, und was also der Richter wird erkennen, darbey soll es bleiben, doch unbenommen der Weigerung an den obern Richter. Wären aber zwischen dem Herrn, und dem Mayer, des Abzugs oder Schätzungs halben, sondere Geding fürgangen, soll es dabey, so vil billig und recht ist, verbleiben.

Summaria.

1. Warummen der Bauer, so sein Guth veräusseren will, gehalten seye, seine Fahrnuß besonder beschreiben, und einschätzen zu lassen?
2. und 11. Was Rechtens, wann der Werth, mit welchem der Mayer das Guth an sich gebracht, *notorisch* ist, ob der Bauer umb solchen Werth das Guth einem andern verkauffen könne?
3. und 5. Wann die Gewißheit des Werths nicht bekannt ist, ob der HErr Gewalt habe, den Werth zu minderen, und den Uberfluß zu minderen?
4. Was Rechtens, wann der Mayer vermeynt, er seye wegen solcher Minderung beschwehrt, ob die Sach vor Gericht zu bringen, und welcher gestalten einzuschetzen seye?
6. Ob die Schätz-Männer beeydigt seyn müssen?
7. Ob die Partheyen zur Schätzung beruffen werden müssen?
8. Ob der Schätz-Männer Aussagungen denen Partheyen zu eröffnen seye?
9. Ob von solch gerichtlichen Schätzung *appellirt* oder geweigert werden könne?
10. Ob der Herr den Gewalt habe, umb den eingeschätzten Werth das Guth an sich zu ziehen?
12. Ob das Leib-Geding ein pures Nutzniessungs-Recht seye?

Unser Articul wiederholet jenes, was wir schon offt gesagt haben, daß nehmlich zum Verkauff, Vertauschung, Ubergab, oder jedwederen Veräusserung der Beutel-Lehen, Erb-Recht, Leib-Geding, und Herrn-Gunst des Grund-Herrn Vorwissen und Willen erfordert werde, welches als ein Fundament dieses gantzen Tituls kein weitere Prob nöthig hat.
1. Wo der Articel vor allein in dem Fall, da der Bauer das Guth zu verändern gedencket, haben will, daß der Bauer seiner Fahrnuß eine besondere Beschreibung und Schätzung machen solle: Aus Ursach, weilen meistens die Bauern ihre Güther mit der Fahrnuß verkauffen, das ist, mit Pferden, Vieh, Schiff, und Geschirr, und also nach der Bauern angebohrner Schalckheit alles unter einander mischen, zu dem End und Würckung, damit man nicht auf den Grund kommen, wie hoch das Recht des Dominii utilis, so veräusserlich ist, geschätzt werden solle, und damit der Grund-Herr am Anfall-Geld betrogen werde.

Dahero macht der Articul einen Unterschid, ob der Werth des Verkauff-Guths notorisch 2.

notorisch seye, oder nicht? was das erste betrifft, so ist die Sach wegen der Fahrnuß klar, dann es kan, da der Werth des Guths notorisch ist, der Bauer oder Mayer das Vieh oder Fahrnuß verkauffen, so theuer er will. Aus Ursach, weilen die Fahrnussen sein eigen seynd, und gehen das Guth nichts an. Wann aber der Werth des Rechts, so veräussert werden will, nicht notorisch, und nicht bekannt ist, so muß der Bauer den Werth erweisen, um welchen er das veräusserliche Guth an sich gebracht hat. Es wäre dann Sach, daß diß dißfalls zwischen dem Herrn und dem Mayer wegen des Werths kein Stritt. Aus Ursach, weilen, wo kein Stritt ist, auch kein Prob erfordert wird. Dann bey klaren, gewissen, und liquiden Sachen hat man kein Prob nöthig. per cap. in præsentia. 8. X. de prob. und in L. non nudis 14. L. non epistolis 13. Cod. eodem.

Wann nun drittens der Werth des Guths gewiß ist, um welchen nehmlich der Bauer das Guth an sich gebracht hat, so kan der Herr ihn nicht hindern, daß er nicht um eben diesen Werth das Guth einem andern verkauffe. Wir haben gesagt, um eben diesen Werth, aus welchem nach den klaren Verstand dieses Artickels folget, daß 1. der Bauer kein Recht habe, mit Verkauff- oder Veräusserung seines Rechts einen Wucher zu treiben, oder Gewinn zusuchen, dessen ist die Ursach, damit er dem Herrn sein Recht nicht schlimmer mache. Und dieses 2. hat sonderheitlich Platz beym Herrn-Gunst, wo der Bauer alle Jahr nach seinem Gefallen den Bauern wegschichen kan. Und dahero ist 3. gewiß, daß, wann von Zeit der ersten Guths-Verleihung, die Güther allein der Zeit halben im Werck gestigen, solches nicht dem Bauern sondern dem Herrn besagtermassen zu Nutzen komme. Ja, wann schon der Werth durch keine Besserung gewachsen; Weilen dergleichen Güther aus eben der Ursach verliehen worden, damit sie gebauen und gebesseret werden, auch solche Besserung dem Herrn zufalle, und nicht dem Mayer, der allein die Schadloßhaltung zu fordern hat. Doch also, daß er 4. die nahmhaffte Besserung, wie unsere Recht im vorgehenden und diesem Articul reden, der Bauer wie das Guth selbsten verkauffen könne. Jedoch 5. nach Abzug des Abschlaipffs, dann, gleichwie kein Erbschafft kan genennt werden, wan nicht die Schulden abgezogen seynd, auch keine Früchten können genennt werden, wann nicht die Unkösten abgezogen seynd. Also auch kan kein gebessertes Guth genennt werden, wann nicht der Abschleipff darvon abgezogen worden ist. Ja 6. wann der Abschlaipff die Besserung übertrifft, so kan der Herr auch den Uberschuß vom Werth des verkaufften oder veräusserten Guths abziehen, und inbehalten.

Wann aber viertens vom Werth nichts bekannt, der Mayer auch nicht erweisen will, 3.
noch kan, wie vil Anfangs um das Guth ausgelegt worden, so hat der Herr den Gewalt, daß er selbsten den Werth ausstrecken könne. Wir selbsten haben erfahren, wie halssterrig sich die Bauern in Uberschätzung ihrer Güther aufführen, also daß zu dieser obwohlen bedrangten Zeit sie ihre Erb- oder Leib-Recht-Güther und absonderlich den Herrn-Gunst um so hohen Werth feil biethen, daß kein Käuffer schier gefunden werden kan, ausser der Herr lassen an jährliche Schuldigkeiten nach, welches weilen zu der Grund-Herrn grösten Schaden gereichet, so verordnet unser Articul ausdrucklich, daß einem jedweden Herrn frey seye, solch übermäßigen Anschlag nach Gutachten guter erfahrner Männer zu milderen, und der Billichkeit nach einzuziehen. Oben haben wir von einem unsern Bauern ein Exempel angeführt, welcher, da er überwiesen worden, daß sein Ur-Ahnherrn den Herrn-Gunst anfänglich um 600. fl. erkaufft habe, ist er doch zu keck und unverschämt gewesen, daß er 1000. Thaler begehrte, vor auch vom Guth nicht weichen wolte, biß ihme solches Geld par bezahlt wurde; wo doch der Articul ausdrucklich den Unterschid macht, ob der erste Werth bekannt seye oder nicht? wann er bekannt, oder erwiesen werden kan, gebührt dem Mayer nichts, als der anfänglich ausgelegte Werth, wann er aber nicht bekannt ist, so muß zwar der Herr leiden, daß der Bauer sein Recht mit der nahmhafften Besserung verkauffen könne, doch nicht nach seinen Gefallen, sondern nach des Herrn mit Billigkeit und Gutachten erfahrner Leuth gemachten Milderung.

Wann aber fünfftens der Bauer ver- 4.
meynt, er seye durch die Milderung beschädiget, oder gar zu hart beschwehrt, und die Partheyen gütlich nicht auskommen können, so ist kein anderes Mittel, als daß die Sach vor das Gericht gebracht werde. Damit nun das Gericht summarisch geendet werde, so befihlt der Artickel daß ein jeder Theil einen erfahrnen Schätz-Mann bestellen solle, denen der Richter den dritten Theil zugiebt, welche dem Richter an Eyd-Statt bey dem Hand-Gelübd versprechen, daß sie nach dem zu Hauß und Feld gehaltenen Augenschein ihr Guth-Befinden ohne Gefährde ihme eröffnen wollen. Nach solch vorgegangener Verpflichtung der Zeugen muß der Richter selbsten zugleich mit denen Gezeigen zum Augenschein schreiten,

schreiten, und nach Aussag und Gutachten der Zeugen Urthlen, wie theuer der Erb- oder Leib-Rechte Bauer oder Herrn-Günstler sein Recht (ausser der Fahrnuß) verkauffen könne; welchem Urthel man beyhalten muß, wann nicht solches durch die Appellation reformirt worden ist. Dieses nun ist die Formal-Verordnung unsers Articuls aus welcher etliche Sachen zu notiren seynd.

5. Erstlich daß unser Articul nicht allein vom Mayer, welcher einen Herrn-Gunst besitzet, sondern auch vom wahrhafften Erb- oder Leib-Rechten Bauern zu zweymahlen rede, zu Anfang und zu den des Art. dann wann schon wir oben zugelassen haben, daß, wann allein durch die Zeit des Guths-Werth gestigen, solcher Werth dem Mayer zu falle, aus Ursach, weilen das Erb-Recht, Erblich ist, und nicht nach Belieben des Herrn zuruck geruffen werden kan, so ist doch auch solchem Mayer nicht erlaubt, solch sein Recht gar zu theuer zu verkauffen, oder zu veräusseren, damit nicht der neue Käuffer untüchtig werde, die alte jährliche Schuldigkeiten abzuführen. Obwohlen wir bekennen, niemahlen gesehen zu haben, daß einem wahrhafften Erb-Rechten Bauern bey freyer Verkauffung seines Rechts ein solches Verbott geschehen seye, welches Verbott zu thun dieser Art. zulasset, und bey denen veranleiten Frey-Stifteren fast ein tägliche Sach ist, aus Ursach, weilen das Erb-Recht kräfftiger und fetter ist, als die veranleite Frey-Stifft.

6. Das andere ist, obwohlen sonsten die Schätz-Männer regulmäßig beeydiget seyn sollen, nicht zwar zu dem Absehen und der Würckung, daß sie über die Wahrheit schwehren, sondern daß sie das Juramentum credulitatis ablegen sollen, in ihren Gewissen glaubend, daß die Sach nicht minder oder mehr werth seye, als wie sie es schätzen. L. hac edictali. 6. §. his illum attingimus 1. Cod. de secundis nupt. Weilen dergleichen Schätz-Männer nichts anders seynd, als Zeugen. cap. proposuisti. 4. X. de prob. unbeschwohrnen Zeugen aber wird kein Glauben beygemessen. L. jusjurando 9. Cod. de testib. so thut nichts destoweniger unser Articul ohne Unterschied allein die Aussag oder Schätzung ohne Eyd erfordern; was dessen aber die Ursach seyn möge, ist sehr zweiffelhafftig, dann, wann wir sagen, dieses seye erlaubt wegen Geringfähigkeit der Materi, weilen anscheinet, es seye allein um das Recht des utilis dominii oder Herrn-Gunsts zu thun, so hat doch der geneigte Leser aus bißherigen schon verstanden, wie hoch diese Bauern ihr Recht halten, daß mein Herrn-Günstler anderst nicht als nach bezahlten 1500. fl. abweichen wollen, welches ja so viel Geld ist, daß billig ein eydliche Einschätzung vonnöthen wäre. Lese den Mascard. de prob. vol. 2. conclus. 654. Modest. Pistor. part. 4. quæst. 142. n. 8. Hartm. Pistor. obser. 77. n. 1. & seqq. Menoch. de adipisc. possess. remed. 5. n. 164. Welches absonderlich wahr ist, wann nach Innhalt unsers Articuls die Schätz-Männer von neuem aufgenommen werden. Dann wann dergleichen ordinari Schätz-Männer verhanden seynd, und wegen solchen Amt beeydigt worden, so ist kein Zweifel, daß sie nicht ohne neuerliche abgeschwornen Eyd völligen Glauben machen; zumahlen der Eyd, den sie Amts halber ablegen, erfüllet jenen Eyd, so für jedes Geschafft solle abgelegt werden. Unterdessen ist in unserem Articul die Sach klar, daß die Verbindnuß an Eyd-Statt eben die Würckung habe, als wann die Schätz-Männer würcklich den Eyd abgelegt hätten: wir glauben auch nicht dessen die Ursach zu seyn, weilen der Articul allein von adelichen Persohnen rede, welche sonsten aus einem Privilegio personali von Ablegung des Eyds verschont werde: dann es ist für sich selbsten klar, daß zu Einschätzung der Bauern-Güther adeliche Leuth nicht gebraucht werden, sondern gemeine Bauers-Leuth, dann es werden erfahrne verlangt, zu Einschätzung aber der Bauern-Güther seynd ja gemeine Leuth erfahrner und tauglicher als adeliche.

Es ist aber die die dritte Frag, ob die streitende Partheyen zur Einschätzung beruffen werden müssen? gemeiniglich wird darfür gehalten, daß die Citation nicht nöthig seye, ausser es seye der Stritt über die Gränitz. Berlich. Lib. 1. conclus. 83. n. 10. & seqq. Coler. de process. execut. part. 3. cap. 9. n. 321. So erforderet jedoch unser Art. absonderlich, daß der Augenschein zu Dorff und Feld in Gegenwart der Partheyen geschehen müsse, welches wir als billig gern zulassen. Aus Ursach, weilen, obwohlen die Partheyen sonsten, um zu sehen, daß die Zeugen schwören, citirt werden müssen, so ist doch nicht nöthig, selbe zur Zeugen Verhör zu citiren, ja es ist solche Citation nicht zuzulassen. Und dahero 7.

Viertens vermeynten wir, daß unsers Art. gewisse Meynung seye, daß der Richter nach Aussag der Zeugen summarisch verfahren, und sprechen könne, ohne daß er der Zeugen Aussag communicire, wie sonsten bey denen Aussagungen der Zeugen der Brauch ist, daß über die Zeugen Aussagungen denen Partheyen noch zwey Schrifften als ein Deduction und Elisions-Schrifft gestattet werden. Dessen ist keine 8.

andere

andere Ursach, als der Favor gegen die Grund-Herren, zu deren Præjudiz ꝛc. ein so genaue Einschätzung der Erb- oder Leib-Gerechtigkeiten nicht zugelassen werden muß; damit nicht dergleichen sonst zu aller Hartnäckigkeit geneigte Leuth die Gutthat, so sie vom Grund-Herrn erhalten haben, zu dessen Schaden gebrauchen. Aber

9. Fünfftens, obwohlen anderstwo Rechtens ist, wie von Sachsen Zeugnuß giebet Berlick. lib. 1. concl. 83. n. 95. und Coler. de processſ. execut. cap. 9. n. 168. da man von dergleichen gerichtlichen Schätzung nicht mahlen appelliren könne, so ordnet doch unser Art. ein anderes in denen Worten: doch unbenommen der Weigerung an den obern Richter. Dann wann von denen von in Sach erfahrnen Männern gesprochnen Urthlen, als von denen Medicis, Wund-Artzten, Baderen, Hebammen ꝛc. dem gemeinen Recht die Appellation angenommen wird, Gloss. in cap. fraternitatis in vers. per errorem X. de frigid. & malef. felin. in cap. proposuisti X. de prob. so muß auch eben dieses Mittel wider der Schätz-Leuth ungerechte Urthel Platz haben. Barth. in L. 1. Cod. de ponderat. aur. Garsias. tract. de melioration. & expens. cap. 24. n. fin. Rauchbar. quæst. 46. n. 10. lib. 1. Wo er sagt, daß die Unbilligkeit der Schätz-Männer corrigirt, und gebessert werden könne durch drey Mittel, nehmlich durch die Appellation, Reduction ad arbitrium boni viri, und widrige Prob. Mit diesem unsern Art. komme über eines der Text. in art. 3. tit. 7. der Land-Recht. Wo der Richter, der auf das Gutachten der Schätz-Männer in puncto vorgeschützter Beschädigung über die Helffte des rechten Werths den Sentenz gefället hat, alsdann erst weiters fürfahren kan, wann kein Theil zum höhern Richter appellirt hat: wann kein Theil, sagt der Text, an die obere Obrigkeit weigert. Thut also der Text muthmassen, daß die Appellation von dergleichen auf Gutachten der Schatz-Männern gefällte Sentenz in so weit erlaubt seye, daß sie auch die auffschiebliche Würckung habe; Dann wann der Richter alsdann erst weiters schreiten kan, wann kein Theil appellirt, so wird auch nicht weiter fürfahren können, wann ein Theil appellirt hat. Unter dessen hindert die Appellation nichts, daß nicht dergleichen Causæ, wie wir gemeldet haben, summarisch glatt, und ohne rechtliche Umweg geurthlet, und ausgemacht werden können und sollen.

10. Sechstens doch hat der Grund-Herr allzeit, es mag der Werth des Erb-oder Leib-Rechts, oder Herrn-Gunsts entweder notorisch seyn, oder durch Rechtsbehörige Prob, oder durch Richters mittelst genommenen Augenschein liquid gemacht worden seyn, in jedwederen Fall ein zweyfaches Mittel, das erste ist, daß er, wann er den Werth des Guths, und für die Besserung absonderlich bey der veranleiten Frey-Stifft, wovon wir hier hauptsächlich reden, bezahlt, den Bauern fortschicken, oder, welches das zweyte Mittel ist, aus dem Einstand-Recht das Erb-oder Leib-Rechte Guth, oder Herrn-Gunst um eben jenen Werth, wie ein anderer Käuffer zahlen will, an sich ziehen könne, wie wir weitläufftig ausgelegt haben in art. 15. tit. 10. der Land-Recht. Weilen die gantze Sorgfalt, mit welcher der gegenwärtige Articul beschäfftiget ist, allein dahin abzihlet, damit nicht einem oder dem andern Theil am Werth des utilis dominii ein Schaden zugehe. Wann aber der Werth auf einige Weis entweders durch die Notariætät, oder durch rechtliche Prob, oder obrigkeitliche Einschätzung und darüber erfolgten Sentenz gewiß gemacht worden, so muß ja der Grund-Herr all andern Käuffern vorgezogen werden.

Endlich siebendens und letztlich weicht 11. alles, was wir bißhero von Gewißheit des Werths, und Taxation über Erb- oder Leib-Recht-Güther oder Herrn-Gunst, weswegen der Stritt ist, geredet haben, wann zur Zeit des ersten Contracts bedungen worden, um was für eine Summ, und mit was für Conditionen das Guth zuruck gestellt werden müsse, wann sich zutragt, daß selbe dem Herrn heimfalle. Weilen, wie wir schon offt gesagt haben, die die Bedingnussen die Form Substanz und Weesenheit denen Contracten mit Theilen, und obwohleu der Articul beysetzt, so viel billig und recht ist, so seynd doch diese Wort so obenhin nicht zu verstehen, daß wegen einer jedwederen einbildetischen Beschädigung sogleich wieder umgestossen werden müsse, was in ersten Contract beschlossen worden. Dann ich weiß nicht, warummen dergleichen Bauern ein mehreres Recht haben sollen, als andere gantz freye Leuth, die Krafft des 2. Art. . Tit. der Land-Recht, auf keine Weis einen Contract umstossen können, ausser sie haben einen Schaden über die Helffte des rechten Werths erlitten.

Wer mehrer lesen will, wie sich der Richter, und die Schätz-Männer sich bey der Einschätzung zu verhalten haben, der lese den Berlich. lib. 1. concluſ 83. per totum. Coler. de processſ. execut. part. 3. cap. 9. Menoch. de adipiſ. possesſ. remed. 5.

D. Rath. ad hunc art. loc. cit. assert. 12. 103 macht hierinfalls einen zweyfachen Unterschied unter dem gemeinen und unsern Land-Recht, der erste ist, daß einer dem

dem gemeinen Recht nach die Nutzniessung, wem er will, verkauffen könne, in Krafft des Text. in L. dudum. 14. Cod. de contrah. empt. Wo gesagt wird, daß ein jedwederer nach seinem Gutbefinden einen Käuffer suchen könne. Wo jedoch unser Articul den Grund-Herrn vorziehet. Der ander ist, daß das gemeine Recht zu Veräusserung der Nutzniessung des Eigenthums-Herrn Consens nicht erfordere. L. arbor. §. usufruct. L. non utitur ff. de usufructu. Da doch unser Land-Recht bey Veräusserung der Nutzniessung sowohl, als bey Verkauffung der Erb- oder Leib-Rechten Güther und Herrn-Gunst des Grund-Herrns Consens erfordere. Wir haben aber schon öffters erinnert, daß D. Rath in deme fehle, daß er das Leib-Recht für eine blosse Nutzniessung halte, wo doch das Leib-Recht ein wahrhafftes Jus emphyteuticum auf Leib-Leben-Lang ist, wodurch das Dominium utile dem Bauern eben so zukommt, als wie bey einem Erb-Recht. Ist sich also nicht zu bewundern, daß das Leib-Recht alle Würckungen habe, wie das Erb-Recht, und also der Grund-Herr bey Verkauffung des Leibs-Rechts all andern Käufferen vorgezogen werde, solches Guth auch ohne des Grund-Herrn Consens nicht verkaufft werden könne, und dahero kommt es, daß nach Innhalt 1. Tit. 20. Art. des Gandt-Proceß ein Leib-Rechter Bauer ohne des Grund-Herrn Consens auf das Leibrechte-Guth auch kein Hypothec verschreiben, noch solches verpfänden kan, welch alles ihme erlaubt wäre, wann er das blosse Nutzniessungs-Recht hätte.

Der neundte Articul.

WO der Grund-Herr offentlich sehe, daß derjenige, welcher ein Gerechtigkeit bey dem Guth zu kauffen, oder einzuthun, sich unterfienge, des kundlichen Unvermögens, daß ihme die Bezahlung zu thun unerschwinglich, also er ihme zu einem Mayer billig nicht annehmlich seyn könnte, soll er nicht schuldig seyn, in den Verkauff, Ubergab, oder andere Veränderung zu bewilligen, sondern der, welcher sein Gerechtigkeit verändern will, dem Grund-Herrn einen solchen Mayer stellen, der ohne Verschlaipfung des Guths, und des Grund-Herrn Nachtheil, den Kauff-Schilling, oder Hinaus-Gaab, baar, oder auf ziemliche Fristen, bezahlen und erlegen mög.

Summaria.

1. Ob ein Mayer, der sein Gerechtigkeit verändern will, schuldig seye, einen solchen Mayer zu stellen, der dem Grund-Herrn anständig ist?
2. Welcher Guths Nachfolger könne gesagt werden, daß er nicht fähig, oder nicht anständig seye?
3. Wann der Mayer mit des Herrn *Consens* sein Guth zweyen verkaufft, welcher vorzuziehen seye?
4. Was Rechtens, wann der Herr heut dem Mayer den *Consens* giebt, sein Guth dem *Titio* zu verkauffen, Morgen aber den *Consens* giebt für den *Sempronio*, deme auch das Guth eingehändiget worden ist, wer aus solchen den Vorzug habe?
5. Was Rechtens, wann der Herr den *Consens* frey giebt, daß der Mayer verkauffen könne, wem er will, ob nicht, nachdeme der erste *Contract perfect* ist, der andere nichtig seye, wann schon die Guths-Ubergab geschehen?

WIr haben gesagt in vorhergehenden Articuln, daß, wann der Herr ein bestandbahres oder veranleite Frey-Stiffts-Guth um den ersten Werth nicht will an sich ziehen, den Mayer nicht hinderen könne, das Bestand-Guth, oder die veranleite Frey-Stifft veräusseren zu können.

1\. Entstehet dahero die Frag, ob der Herr einen jeden Käuffer, der sich um das Bestand-Guth oder veranleite Frey-Stifft anmeldet, annehmen müsse? und der Articul antwortet, daß, wann kundbar und notorisch ist, daß solcher Käuffer so arm und unvermöglich seye, daß er entweders den Kauff-Schilling Pars oder in bestimmten Fristen nicht erlegen kan, mit einem Wort untauglich unfähig, und unannehmlich seye, der Herr nicht schuldig seye, in den Ver- Verkauff einzuwilligen. Aus Ursach, weilen aus der Armuth und Unvermögen des Käuffers eines aus beyden nothwendig erfolgen muß, daß das Guth zum Abschlaipff kommen, oder der Grund-Herr die jährliche Schuuldigkeiten verliehren, oder wenigist dem neuern Mayer minderen müsse, zu den keines der Grund-Herrn genöthiget werden kan. Muß also der Käuffer einem solchen Nachfolger stellen, der dem Grund-Herrn angenehm und gefällig ist. Dann obwoh-

obwohlen der Herr den Consens geben muß, wie wir in vorgehenden Art gesagt haben, so wird doch erfordert ein tauglicher Mayer, damit der in allem und allem schadloß seye. Bey unserem Lehen-Hoff, wann bey Veräusserung der Beutel-Lehen angehalten wird um den Consens, welcher auch nach Innhalt des 3. Art. 12. Tit. der Land-Recht ertheilet werden muß, wird gemeiniglich die Resolution ertheilet, daß den Käuffer oder Nachfolger anzeigen solle, um zu sehen, und zu untersuchen, ob er dem Lehen-Hoff anständig seye. Wann also dieses bey denen Beutel-Lehen wie billich der Brauch ist, so muß es um so mehr auch bey allen bestandbahren Güthern der Brauch seyn, weilen die Beutel-Lehen keine jährliche Schuldigkeiten zu entrichten haben, und bey den Veränderungen nichts als die Lehen-Erkanntnuß bezahlt wird, wo in Widerspihl bey allen bestand-bahren Güthern neben dem Anfall-Geld, so das Lehen-Erkantnuß gleich gehalten wird, auch jährliche Schuldigkeiten am Getreid oder Geld, welche zu Zeiten schwer genug seynd, erstattet werden müssen.

2. Wann schon aber in diesem Art. allein von der Armuth und Unvermögenheit des künfftigen Nachfolgers gehandlet wird, der auf sein Vermögen mehr bauet, als daran ist, so ist doch kein Zweifel, daß auch ein künfftiger Besitzer aus andern Ursachen als unfähig, und nicht angenehm verworffen werden könne, aus Ursach, weilen die Ertheilung des Consens eine Gutthat ist, niemand aber ist gehalten einem unverdienten schädlichen Menschen eine Gutthat angedeyen zu lassen. Wann also setzest, daß der Nachfolger zwar Mittel genug habe, doch aber ein verschwenderischer, nicht haußlicher, zanckischer, fluchender, betroglicher, oder andern Lastern ergebener Mensch seye 2c. Dieser fürwahr kan ebenfalls, wie ein anderer wegen seiner Armuth und Unvermögenheit vom Herrn verworffen werden, dann des Herrn Anliegenheit allzeit mehr als des Mayers anzusehen ist, als daß ihme wider seinen Willen nicht leichtlich ein neuer Mayer aufgebürdet, sondern auch ein jedwedere Einwendung wider den neuen Mayer, und selben nicht anzunehmen, zugelassen werden muß. Dann man thut allzeit einen mit schlechterer Ehr darvon schicken, als selben niemahlen annehmen.

3. Was ist aber Rechtens, wann ein Bestandt-Bauer sein Recht zweyen, oder mehrern mit des Grund-Herrn Consens verkaufft hat? der geneigte Leser wird leicht abnehmen, daß ein Unterschied seye, ob der Grudherr selbsten verkauffet, oder sonsten veräussert, oder ob er dem Mayer zum verkauffen oder veräusseren, den Consens gegeben hab, in dem ersten Fall, da der Herr verkaufft, ist ja jener vorzuziehen, deme das Guth zuvor eingehändiget worden, wann er schon nur der letzte Käuffer gewesen. Krafft des L. quoties Cod. de rei vind. Alvar. Valasc. de jure emphyt. quæst. 14. n. 1. Dann wann die Regul dict. L. auch Platz hat bey einer Vermuthung, also daß jener vorzogen werde, deme die Sach am ersten behändiget worden, wie behauptet Covar. var. resol. lib. 2. cap. 19. n. 8. bey denen Lehen-Güthern, wie darfür haltet Curtius part. 2. n. 33. so ist nicht zu zweyflen, daß sie auch bey Bestandt-Güthern Platz habe.

In dem andern Fall, da der Mayer verkaufft oder veräussert hat, ist die Sach schwehrer; Dann wann du setzest, daß der Herr heut seinen Bauern den Consens gegeben habe, sein bestandbahres Guth dem Titio zu verkauffen, welcher Verkauff auch Rechtsbehörig vollbracht, die Sach aber noch nicht übergeben worden. Nach acht Tägen aber der Herr auf Ansuchen des Mayers den weitern Consens gibt, sein Recht einem andern zu verkauffen, welches gleichfalls samt der Ubergab und Aushändigung geschehen ist. Gewiß macht Alvar. Valasc loc. cit. n. 9. ganz unerschrocken den Schluß, daß der Titius als erster Käuffer dem Sempronio vorzuziehen seye, wann schon ihme das Guth eingehändiget worden. Aus Ursach, weilen der Grund-Herr den zweyten Consens zu Præjudiz des ersteren Contracts nicht hat geben können, daß also die dem Sempronio beschehene Aushändigung nichts nutzet. per L. nunquam nuda ff. de acquir. rer. domin. 4.

Was ist aber Rechtens, wann des Herrn Consens ohneingeschränckter ertheilt worden, daß der Mayer verkauffen könne, wem er will? und wir antworten, daß in diesem Fall zu antworten seye, wie in vorigen, daß nehmlich jener aus denen Käuffern vorzuziehen seye, mit welchen der Mayer zuerst den Verkauff getroffen hat. Aus Ursach, weilen, nachdeme der erste Contract seine Gültigkeit erhalten, der weitere Consens zum contrahiren erloschen ist. Ist dahero der zweyten Contract nicht gültig, wann schon die Aushändigung der Sach geschehen ist. Alvar. Valasc. loc. cit. n. 9. Welches absonderlich zu notiren ist bey dem L. quoties ff. de rei vind. Worinn allein von einer pur freyen eignen Sach gehandlet wird, zumahlen in dessen Veräusserung die Behändigung kräfftiger ist, als das blosse Recht eines Personal-Contracts, bey denen Lehen- und Bestand-Güther Gerechtigkeiten aber ist der andere Contract nichtig, weilen darzu weder des Herrn Consens, noch weniger die Ubergab darzu hat kommen können. 5.

können. Und dahero, wann gesetzt der Mayer sein Recht mit Consens des Herrn zweyen, das ist, dem Titio und dem Sempronio verkaufft hat, und der Herr dem Titio, der Bauer aber dem Sempronio die verkauffte Sach übergeben hat, so kan keiner auf beyden sich auf die Ubergab oder erhaltenen Besitz beziehen; und zwar der Titius von darummen nicht, weilen er vom Herrn die Ubergab erhalten, der solche nicht hat übergeben können, weilen nicht der Herr, sondern der Bauer das Recht utilis Dominii dem andern abtretten muß: auch der Sempronius nicht, weilen der mit ihme getroffene Verkauff von darummen nicht gültig ist, weilen ja der Herr zu Præjudiz des ersteren Contracts den Consens nicht mehr ertheilen können; welches alles ja wohl zu mercken und zu beobachten.

Wir thun doch unsers Erachtens diesen ohngezweifelten Absatz beyrucken, daß, wann der Herr dem Mayer sein Recht, an wem er will, verkauffen zu können gantz glatt seinen Consens ertheilet hat, und solcher Verkauff oder Veräusserung nach und nach an zwey geschehen ist, aus welchen der erste Käuffer nach Innhalt unsers Art. wegen seiner Armuth und Unvermögenheit vom Herrn nicht angenommen werden kan, und würcklich nicht angenommen worden ist, der mit dem andern getroffne Contract absonsonderlich, wann die Ubergab geschehen ist, müsse und könne approbirt werden; dann es ist dem zweyten Contract nichts im Weg gestanden, weswegen er nicht gültig gewesen wäre, als daß dem ersten Contract daraus entspringende Præjudiz, wann also solches Præjudiz gehoben worden, so ist nichts mehr da, so den andern Contract zu erfüllen hinderen möchte.

Der zehende Articul.

Was auch ein Herr einem Mayer sein Guth ließ zu dreyen Jahren, oder minder, ohne Borgschafft, oder andere Versicherung, und ihme also darum wohl getrauete, aber der Mayer in der Zeit verdurb, von welcherley Sach daß wäre, dardurch er dem Guth nicht mehr vorseyn, auch der Herr seines Guths-Bericht, und Gült, wie er dem Mayer gedinget hätt, nicht bekommen möcht, so soll er dem Herrn in den nächsten vierzehen Tagen vor Liecht-Meßen, um seines Guths-Forderung Borgschafft thun, da aber der Mayer solches nicht thun wolt, oder möcht, so hat der Herr Gewalt den Mayer zu verkehren, obgleich die Bestand-Jahr sich noch nicht haben geendet; Hätte aber jemand ein Gerechtigkeit bey dem Guth, als Erb-Recht, Leib-Geding, oder dergleichen, die er sonsten, ausserhalb seiner Fahrnuß, zu verkauffen befugt, soll er dieselbig in erst gesetztem Fall seines Unvermögens, zwischen der ordentlichen Stifft-Zeit, und der 4. Tag zu verkauffen schuldig seyn, thäte er aber solches nicht, so mag der Grund-Herr alsdann solch sein Gerechtigkeit, offentlich auf die Gant bringen.

Summaria.

1. Ob der Herr vom Bauern, der nach getroffenen Bestands-*Contract* anfangt zu verderben, verlangen könne, daß er ihm Borgschafft leiste?
2. Was zu thun, wann er gleich zu Anfangs wissentlich arm gewesen?
3. Ob die Bürgschafft durch Bürgen, oder durch Pfandschafft geschehen müsse?
4. Ob nicht genug seye, wann man eine *General-* oder *Special-Hypothec* gibt?
5. Wann man gar kein Borgschafft geben kan, ob der Herr den *Contract* wiederruffen, und aufs neue einen andern überlassen, oder das Guth an sich ziehen könne?
6. Ob aber die Armuth nothwendig erwisen werden müsse?
7. Zur was Zeit die Borgschafft geleistet werden müsse?
8. Ob wegen Armuth wider die Erb- oder Leibrechte Bauern wie wider die Beständner zu verfahren, oder anderst durch den Gant-Proceß?
9. Zur was Zeit der Gant-Proceß und Entlassung des Bauerns anzustellen?
10. Ob jenes, was in diesem Articul vom Beständner eines Bauern-Guths, der verdirbt, verordnet ist, auch Platz habe, bey einem Beständner eines Guths in der Stadt.

Im vorhergehenden Art. haben wir ausgelegt, was Rechtens seye, wann einer sich erbiethet ein bestandbahres Hoff-Guth zu kauffen, der arm und unvermöglich ist, das Guth zu bestreiten, oder die jährliche Schuldigkeiten zu liefferen: itzt in diesem Art. wird weiters gefragt, 1. was der Herr zu thun habe, wann ein solcher

solcher Anfangs angenommen worden? dann weit leichter kan etwas zu Anfangs verhindert werden, als was geschehen wieder aufgehoben werden. L. patre furioso. 8. ff. de his, qui sui juris. cap. quemadmodum 25. circa medium. X. de jurejur. Wir haben ein Exempel am Heyrath-Guth, welches der Vatter einer undanckbaren Tochter zu geben nicht gehalten ist, er kan aber solches wegen erwiesener Undanckbarkeit nicht mehr zuruck begehren. Schneidew. §. fuerat. n. 86. Inst. de action. Also daß es anscheinen könnte, daß, wann schon der Herr den mit einem armen und unvermöglichen zu Anfangs getroffnen Kauff und Verkauff zu approbiren nicht genöthiget werden kan, er jedoch solchen wann er einmahl aus Unwissenheit zugelassen worden, nicht mehr zernichten könne, in Krafft einer andern Regul viele Sachen verhindern einen Contract, welche jedoch den geschloßnen Contract nicht auflösen. Dict. L. 8. & ibi Gloss. in verbo retinere. ff. de his, qui sunt sui juris.

Unser Articul aber macht einen Unterschied, unter einem blossen Vermüthungs-Contract über ein Bauern-Guth auf 3. Jahr, und unter den Erb-oder Leib-Rechts-Contract, deme auch die Vermüthung über 3. Jahr beygezehlet wird. Aus der blossen Vermüthung entspringet ein blosse actio personalis. Dahero der Herr, so ein Bauern-Guth vermüthet, wegen der blossen Armuth und Unvermögenheit den Rechtsbehörig beschlossenen Vermüthungs-Contract nicht wiederruffen, und zernichten kan, kan jedoch begehren, daß der Bauer ihme Bürgschafft leiste, wann er Anfangt zu verderben, welche wann er nicht leisten will oder kan, so kan der Herr das Guth einem andern andern vermüthen. Aus welcher Verordnung einige Sachen zu mercken seynd. Das erste ist, daß, obwohlen dieser Articul allein von dem Herrn redet, der sein Bauern-Guth einem andern auf 3. oder wenigere Jahr vermüthet, nichts destoweniger eben ein gleiches von einem jedwederen Erb-oder Leib-Rechten Bauern zu sagen seye, der sein Erb-oder Leib-Rechtes Guth einem andern auf 3. oder wenigere Jahr vermüthet. Aus Ursach, weilen ein solcher Bauer in Ansehung des Beständners der Herr ist, weilen er das Recht des utilis Dominii hat, welches er dem andern zum Nutzen und zu Niessen überlaßt. Was also der wahrhaffte Grund-Herr für ein Recht hat, solches hat auch der Erb-oder Leib-Rechte Bauer, weilen eben jene Billichkeits-Ursach bey dem Bauern obwaltet, welche bey dem Grund-Herrn obhanden ist. Das zweyte ist, daß der Articul allein vom Bestands-Mann rede, der nachgetroffnen Bestands-Contract Anfangt zu verderben.

Aus welchem erfolget, daß, wann ein solcher Bestands-Mann gleich zur Zeit des getroffnen Contracts nicht im Standt zu zahlen gewesen, der Herr oder der Erb-oder Leib-Rechte Bauer ihnen selbsten beymessen müssen, daß sie mit einen solchen haben handlen mögen: dann sie werden erachtet, sie haben sich der Bürgschafft verziehen, wann sie wissentlich mit einem armen und unvermöglichen eingelassen haben. Wir haben drittens gesagt wissentlich, dann, wann der Bestands-Mann zur Zeit des Contracts für tauglich und bemittlet gehalten wird, und also der Herr und der Erb-oder Leib-Rechte Bauer mit demselben in guten Vertrauen den Handel getroffen hat, so zweiflen wir nicht, daß nicht nach eröffneter Armuth und Unvermögenheit der Herr oder der Erb-Rechte Bauer ein Borgschafft oder Versicherung begehren könne sowohl, als wann nach der Hand erst der Bestands-Mann verderben thut. 2.

Viertens, obwohlen sonsten in dem Fall, wo man eine Caution geben muß, Regulmäßig allein unter dem Nahmen der Caution ein simples Versprechen verstanden wird, Krafft des L. Sancimus Cod. ge V. S. Ant. Faber in Cod. suo de satisdatione. def. 10. n. 6. Gail. lib. 1. obs. 26. n. 6. Jedoch, weilen in diesem unsern Articul um den Herrn schadloß zu halten gehandlet wird, ein genugsame und erkleckliche Caution erfordert wird, und dahero ist die Caution durch Bürgen oder Pfandt nothwendig zu thun. Menoch. de arbit. Jud. casu 142. Francisc. viv. Decis. Neapol. Decis. 137. n. 3. Welches handgreifflich unser Articul approbirt, der von einem ohne Borgschafft oder Versicherung angenommenen Bestands-Mann redet: Welche Wort ja von einer blossen Versprechung nicht verstanden werden können, sondern von einer werckthätigen sicher Stellung verstanden werden müssen. Wie soll dann in eines armen unvermöglichen Schuldners blossen mündlichen Versprechen eine Sichrung bestehen können? ja 3.

Fünfftens stunde ich mit Ant. Fabr. loc. cit. an, ob der Herr oder der Erb-Rechte Bauer von einem solchen listigen Beständner, welcher zu Anfang des Contracts seine Armuth boßhafft verborgen hat, schuldig seye, eine Caution unter Verschreibung einer General-oder Special-Hypothec anzunehmen? weilen, wann der Bestands-Mann mit Schulden beladen ist, dem Herrn oder Bestands-Verleiher mit einer neuen General oder Specials-Verschreibung nicht geholffen seyn kan: 4.

kan: und dahero thut der Articul insonderheit die Borgschafft, oder ein andere Versicherung erforderen, und eben darummen anzeigen, daß eine in einer Hypothec oder Unterpfand bestehende Caution umsonst seye, wann keine Mittel verhanden seynd, welche als ein Hypothec oder Pfand versitzt werden können. Dahero unsers Erachtens, wann des Bestand-Manns Armuth bekannt, stehet in des Herrn oder Verleihers Willkuhr, ob er des Bestand-Manns General- oder Special-Hypothec vor genugsamm erkennen will oder nicht? Nimmt es der Vermüther an, so ist die Sach klar, dann es liegt ihme daran, weil er leicht zu seinen Schaden einwilligen kan: nimmt ers nicht an, so hat er Krafft unsers Articuls die Freyheit und Erlaubnuß, von dem Contract abzustehen, und einem andern Bestands-Mann aufzustellen, wann schon die Bestands-Jahr noch nicht geendigt seyn.

5. Was ist aber Rechtens, wann der Herr die Sach lieber an sich ziehen, als aufs neue einem andern vermüthen will? wir vermeynen, diß seye erlaubt, wann schon unser Articul von diesem nichts sagt. Die Ursach ist, weilen die Meynung unsers Articuls ist, wegen des Beständners Armuth den Contract aufzulösen, welche Auflösung, weilen sie zu Favor des Herrn geschicht, so wird ja in seinen Gewalt und Willen seyn, entweders das Guth an sich zu ziehen, oder einem andern aufs neue zum Nutzen und Niessen überlassen. Wir halten auch siebentens nicht darfür, daß der Herr schuldig seye, nach aufgelösten vorigen Contracts einem andern neuen Bestands-Mann das Guth mit vorigen Bedingnussen zu verleihen, weilen der Articul von solcher Schuldigkeit kein Wort meldet, sondern er kan, weil er Herr ist, sein Sach verbesseren, wann er nur den vorigen Bestands-Mann unter dem Vorwand seiner Armuth zu dem Ende nicht anstreibt, damit er durch den neuen Contract sein Sach verbessere. Ist dahero.

6. Achtens nothwendig, daß des Bestands-Manns Armuth Rechtsbehörig erwiesen werde. Dann niemand, der vor für bemittlet und tauglich gehalten wird, soll aus blosser Muthmassung für arm und untauglich angegeben werden, weilen die Veränderung des vorigen Stands nicht præsumirt wird. Endlich

7. Neuntens verordnet der Articul: daß diese Caution geschehen müsse 14. Tag vor Liecht-Meß. Dessen ist die Ursach, welche wir oben schon bey dem 5. Articul gehabt haben, weilen sie zur gelegenen Zeit geschehen muß, die gelegene Zeit aber ist Liecht-Meß, weilen zur solcher Zeit die zum Acker-Bau nöthige Dienst Knecht, und Mägd gedungen, und die zur Feld-Arbeit nöthige Instrumenten erkaufft werden. Damit also der Bauer, der für untauglich gehalten wird, keine unnütze Kösten mache, so verordnet der Articul gantz recht, daß der Bauer zur gelegenen Zeit weggeschickt werden solle, welche Wegschickung aber, wie wir gesagt haben, kan der Bauer durch gegebene Bürgen, oder genugsame Pfand verhinderen, und verschieben.

Was aber jene Bauern anbetrifft, 8. welche ein Erb-Recht, Leib-Recht, oder veranleite Frey-Stifft, und also das Verkauff-Recht haben, verordnet der Art. daß der Bauer im fahl seines Unvermögens sein Guth zwischen der ordentlichen Stifft-Zeit, und der 4. Tag zu verkauffen schuldig seyn soll; Und wann er diß nicht thut, so kan der Grund-Herr solche Gerechtigkeit offentlich auf die Gant bringen, und einem andern übergeben.

Man wird einwenden, warumen der Grund-Herr den Gewalt nicht habe, wider dergleichen Erb- oder Leib-Rechte Bauern auf solche Weiß zu verfahren, wie wider die Bauren, so nur blosse Beständner seynd? und wir antworten, daß dieses zwar der Herrschafftlichen Räth Willen und Meynung gewesen, daß ein gleiches von erarmten Erb- und Leib-Rechten Bauern statuirt werden könne, was von denen blossen Bestands-Bauern statuirt worden, weilen dieses eben auch die Billigkeit einrathe: Dann, weilen ein Mayer, der mit dem Erb-Rechten Guth schlecht umgehet, und selbes abschleipffet, seines Rechts beraubet werden kan. Menoch. de arbit. Jud. casu. 728. n. 3. & seqq. weitläuffig Hartm. pist. quæst. 28. per totum. lib. 1. welches auch der 3. Art. des 15. Tit. der Lands-Ordnung de Anno 1553. approbirt. Warum soll nicht eben dieses auch Platz haben können bey diesen Personen, welches Platz findet bey denen Bestands-Leuthen? Dessen doch ohnerachtet hat der Gesatz-Geber wieder die Erb- und Leib-Rechte Bauern und veranleite Frey-Stiffter, so das utile Dominium haben, eine andere Weiß vorgeschrieben, daß nemlich ihnen die freye Verkauffung ihrer Gerechtigkeit gelassen, oder wann sie solches nicht thun wollen, sie mittelst des Gant-Proceß auf die Gant getrieben werden sollen, welches weit gerechter ist; Weilen dergleichen Guths-Besitzern das utile Dominium gebühret, welches sie wegen der Armuth, in welche sie verfallen, nicht verliehren, weilen einer auch aus Unglück und ohne sein Verschulden darein gerathen kan, also daß sich hieher nicht schickt, was zum Widerspihl wegen Abschleipffung beygebracht worden; Weilen die Abschleipffung, da-

damit sie einen seines Rechts verlurstiget macht, des Guths-Besitzers äusserste Nachlässigkeit mit sich bringet, die Armuth aber mehrers ein Unglück anzeiget, welches wahrscheinlich auch die Ursach gewesen, daß der 3. Art. des 15. Tit. der alten Lands-Ordnung in das Buch der neuen Land-Recht nicht übertragen worden.

9. Warumen aber diese Abänderung des Mayers, so wegen seiner Armuth, oder von demselben freywillig, oder vom Herrn immittelst des Gant-Proceß geschicht, geschehen müsse, zur ordentlichen Stifft-Zeit ist die obige Ursach, damit sowohl dem Herrn, als dem Bauern desto besser geholffen seye, weilen zu solcher Zeit sich das Bauern-Jahr endet, und folglich mit wenigeren Schaden beyden Theils sowohl des Herrn als des Bauerns die Abänderung geschehen kan.

10. Wann du zum Beschluß dieses Art. fragest, ob jenes, was hier von Vermüthung der Bauern-Güther verordnet wird, auch Platz habe bey Stadt-Güthern? So scheinet, man könne mit Nein antworten: Aus Ursach, weilen, was in die Stadt-Güther eingebracht wird, solch alles um den jährlichen Zinnß dem Herrn des Guths stillschweigend verhypothecirt ist. L. pomponius 2. & L. si horreum ff. in quibus caus. pig. vel hypothec. tacid. contrah. bey Bauern-Güthern aber, wie Nerat. sagt in L. eadem 4. das Widerspiel beobachtet wird. Welches mit dem Unterschied zu verstehen ist, welcher in L. certi juris 5. Cod locati. enthalten ist, daß die in ein Bauern-Guth eingebrachte Sachen dem Herrn, der davon nichts weist, nicht verpfändet werden, wie doch verpfändet werden, welche in das Hauß, Thennen, Keller, Hörberg, oder anderes Orth in Städtlichen Güthern eingebracht werden. Scheinet also, der Herr eines Bauren-Guths habe grössere Ursach, vom Bauern, Bürgern, oder Pfand zu begehren, als der Herr von seinem Ingeheiß. Weilen die in ein Stadt-Guth eingebrachte Sachen auch dem Hauß-Herrn, der davon nichts weist, verpfändet seynd. Diese Ursach aber hat in unsern Land-Recht keinen Grund, weilen im 9. Art. 2. Tit. des Gant-Proceß klar statuirt wird, daß die Sachen, welche in ein Bauern-Guth eingeführet werden, stillschweigend verpfänd seynd, wann schon denen Grund-Herren wegen ihrer Gilt, und anderen Schuldigkeiten in dem Hauß-Rath und anderen eingebrachten beweglichen Sachen das Vorrangs-Recht nicht zugelassen wird, wie in der Erb- und Leib-Gerechtigkeit, und vorhandenen Früchten, lese was wir über den 9. Art. 2. Tit. des Gant-Proceß geschrieben haben. Welches aber mahl ein Unterschied zwischen dem gemeinen- und unseren Land-Recht ist. Diff. Hernach hat ein Verleyher eines Städtlichen-Guths grössere Freyheiten, als ein Verleyher eines Bauern-Guths, dann neben deme, daß die Städtliche-Güther meistens nur auf ein Jahr verlyhen werden, haben wir auch bey den 17. Tit. 5. Art. etliche Casus gesetzt, bey welchen der Verleyher den Ingeheiß vor der bestimmten Zeit außtreiben kan, nicht aber den Mayer. Ja es ist ein allgemeine Meynung, daß wann ein Verleyher eines Städtischen-Guths zu Haltung des Contracts Bürgen hat angenommen, er darfür gehalten werde, er seye von der stillschweigenden Hypothec, so er in die eingebrachte Sachen gehabt, abgewichen. L. solvitur. §. si convenierit. ff. quibus modis pign. vel hypoth. solvit. Welches doch, daß auch bey einem Mayer Platz habe, handgreifflich abzunehmen ist aus dem L. cum colono. 14. ff. eod. wo der Text sagt, wann du mit dem Mayer bedungen hast, daß die eingebrachte Sachen ein Pfand seyn sollen, biß der Zinnß wird zahlt seyn, hernach im Nahmen des Zinnß vom Mayer einen Bürgen angenommen hast. So vermeyne ich, daß dir genug geschehen, und also die eingebrachte Sachen kein Unterpfand mehr seyen. Daß wir auch ohnerachtet der zweyten Ursach vermeynen, daß eben dieses bey einen Bezieher eines Städtischen-Guths Platz habe, was hier einem verderbenden Mayer verordnet wird, wann schon im Art. 5. Tit. 17. nichts verordnetes zu finden ist. Dann wann ein Verleicher eines Bauern-Guths die stillschweigende Hypothec verliehret, wie wir erwiesen haben aus dem L. Pomponius & seqq. Wann er für den Zinnß Bürgschafft angenommen hat; Also muthmassen besagte Text, daß ein Verleyher Städtlichen-Guths eine Bürgschafft begehren könne, welches weilen in unsern Statuten nicht aufgehoben worden, so halten wir dafür, wir fehlen nicht, wann wir standhafft setzen, daß jenes, was in diesem Art. von armen Mayer gesagt wird, auch billich und zwar um so mehr von einem Ingeheiß verstanden werden müsse, weilen die Verleyhung eines Bauern-Guths über 3. Jahr lang nicht geschehen kan, gleichwie die Verleyhung eines Städtlichen-Guths, das folglich der Verleyher des Städtlichen-Guths auf Verderben des Ingeheiß mehrers nöthig hat, sich durch Bürgschafft sicher zu stellen.

Der eilffte Articul.

Wo ein Mayer seinen Herrn, von des Guths wegen nichts schuldig wäre, es sey nicht allein Zinnß, Gilt, Bericht des Guths, oder von der Zimmer wegen, sondern auch Anfall, Abfahrt an Orthen, wo dieselbe Abfahrt herkommen, erfundener offentlicher Abschleipf, oder dergleichen, hat dann der Mayer andere mehr Glaubiger, denen er schuldig ist, so soll der Herr des ersten gewährt werden, wie mit mehreren im 9. Art. 2. Tituls des Gant-Proceß geordnet ist.

Summaria.

1. Welchergestalten der Grund-Herr in seinem Grund vor anderen des Mayers Glaubigern müsse schadloß gehalten werden?

2. Wegen was für Herrschafftlichen Schuldigkeiten und in was für Sachen dem Grund-Herrn ein stillschweigende Hypothec mit dem *Prælations*-Recht zustehe?

1. In einem kurtzen Begriff widerholet dieser Articul was in dem 9. Art. 2. Tit. des Gant-Proceß weitläuffiger enthalten ist, und von uns sattsam ausgeleget worden ist, daß nemlich ein jeder Grund-Herr in seinem Grund vor anderen des Mayers Glaubigern müsse schadloß gehalten werden. Welches erstlich zu versteh'n ist von allen Mayern, welche ein Grund-Recht eines utilis Dominii an ihren Mayer-Güthern haben, wie da ein Erb- und Leib-Rechter Bauer, oder ein Herren-Günstler, oder veranleiter Frey-Stiffter ist, weilen diese alle schon zuvor ausgelegter massen das Grund-Recht utilis Dominii haben, also daß, wann ein solcher Mayer verdirbt, seine Gerechtigkeit vergant, und denen Glaubigern Satisfaction gegeben, der Grund-Herr aber vor all anderen vorgezogen werden muß: Soll zum ersten gewähret werden. Ein anderes ist zweytens bey einem blossen Bestands-Mann, weilen der Herr wegen dem Zinnß-Geld eine blosse Personal-Action hat, und also mit anderen Personal-Glaubigern anstehen muß. Ja drittens werden dem vermiethenden Herren nicht allein mit einer Hypothec versehene Glaubiger des Bestand-Manns vorgezogen, sondern auch die gemeine Creditores, welche ein Personal-Vorrangs-Freyheit haben. Nicht zwar viertens an dem Guth selbsten, weilen solches dem Vermüther eigen ist, sondern in denen Früchten des bestandenen Guths. Fünfftens aber ist der denen Grund-Herren zugelassene Vorrang nicht so glathin zu verstehen, daß sie beym Gant-Proceß und im Gant-Urthel die allererste seyn sollen, weilen in dem Gant-Proceß drey gantze Stellen, und in der vierdten Stell noch mehrer fünff mehrers privilegirte Glaubiger dem Grund-Herren vorgehen. Du must also, geneigter Leser die Wort: Daß der Herr der erste Gewehr seyn solle, pur unter denen gemeinen Glaubigern, wer sie immer seynd, oder auch unter denen Glaubigern, welche ein stillschweigende oder austruckliche Hypothec aber kein Vorrangs-Recht haben. Dann wann sechstens der Grund-Herr mit solchen mit Hypothecen bedeckten Glaubigern, die ein gleiche oder kräfftigere Freyheit haben, anstehet, so hat er das Recht nicht, daß er allen vorgezogen werde. Uber das erstrecket sich siebendens 2.
diese Freyheit nur auf die Gerechtigkeit des Besitzers, und nicht auf die Hauß-Fahrnussen, und bewegliche Sachen, so in das Bauern-Guth eingebracht worden. Weilen in solchen besagter massen der Herr allein ein stillschweigende Hypothec hat, aber kein Vorrangs-Recht. Und dieser des Grund-Herren Vorrang achtens thut sich nicht allein auf Zinnß, Gilt, und Stüfft, sondern auch auf all andere Schuldigkeiten, welche in Ansehung des Guths der Mayer jährlich entrichten muß, wie da neundtens der Bericht des Guths ist, der Tung, das Strohe, und dergleichen, welche nach Gewohnheit des Vatterlands allzeit mit dem Guth selbsten dem Herrn heimfallen müssen. Item zehenden das Anfall-Geld, welches vom alt abgekommenen Mayer, oder auch vom neuen zu bezahlen herkommens ist, und endlich eilfftens der Abschleipf. Dann für diß alles stehet dem Herrn nicht allein ein stillschweigende Hypothec zu, sondern auch das Vorrangs-Recht vor andern Glaubigern, auf solche Weiß, wie wir kurtz ehevor ausgelegt haben. Diß alles wollen wir weiters nicht ausführen, noch mit Anführung einiger Gesatz oder Authoritæten bestättigen, weilen alles in Art. 9. Tit. 2. des Gant-Proceß wir genauer ausgeführet haben, wohin wir den Leser anweisen.

Der

Der zwölffte Articul.

Wäre daß jemand seinen Mayer, der auf dem Guth gesessen ist, zu rechter Stüfft-Zeit verkehren wolt, und der Mayer zu dem Guth kein Gerechtigkeit, wie vorstehet, sondern nur ein blosse Frey-Stüfft hätte, das mag der Herr wohl thun; Es soll auch der Abgestüfft-Mayer kein Geld, oder Werth von deme, den der Herr auf das Guth setzen will, nehmen; Wurde aber der Mayer solches thun, und der Herr dessen innen, so soll der, welcher das Geld eingenommen hat, dasselb dem Herrn geben, und als viel darzu, und ihr jeglicher dem Richter in die Buß verfallen seyen.

Summaria.

1. Wann der entlassene Mayer etwas von seinem Nachfolger für den Abtritt hat begehret, ob er das Verbrechen *Stellionatus* genannt begehe?
2. Was für ein Straff auf dieses Verbrechen geschlagen seye?
3. Warum nicht allein, der das Geld begehrt hat, sondern auch der, der es erlegt hat, bestrafft werde?
4. Ob diese Straff dem *Fisco* oder dem Vermüther zufalle?

Dieser Articul ist kurtz, weil er nichts in sich haltet, ausser was in vorhergehenden schon genugsam erkläret worden ist. Er redet aber allein von einem blossen Beständner eines Bauren-Guths, welchen der Herr zur rechten und gewöhnlichen Zeit zu veränderen gedencket. Dann wann einer ein Erb- und Leib-Recht hat, so ist kein Zweiffel, daß ihne der Herr nach Gefallen nicht wegschicken könne: Kan ihn nicht verkehren, und solchemnach ist auf solchen dieser Art nicht zu verstehen. Diese Verordnung ist aus denen alten Bayerischen Land-Ordnungen, und sonderheitlich aus dem 7. Art. 34. Tit. der alten Reformation entnommen worden, welche nichts besonders in sich begreiffet, wie all andere unsere alte Gesatz simpel und aufrichtig
1. gewesen seynd. Den eintzigen Mißbrauch hat das Gesatz aufheben wollen, daß denen blossen Beständneren, wie der Brauch gewesen, nicht erlaubt seyn solle, nach aufgehobenen Bestands-Contract wegen der Abtrettung von dem neuen Nachfolger etwas zu begehren; Weilen dann dergleichen Erpressungen keinen Billichkeits-Grund haben, so können sie auch ohne Verbrechen, Stellionatus genennet wird, geschehen; und dahero gehet dieses Verbott die Erb- und Leib-Rechte Bauern oder Herren-Günstler nichts an. Weilen deren jeder besagter massen zu weichen nicht schuldig ist, er habe dann ein billichmässige Satisfaction erhalten. Zum Exempel ein Erb-Recht, Leib-Recht, oder veranleite Frey-Stüfft fallt dem Herrn zuruck, und dieser gibt sothane Gerechtigkeit einem anderen, so begehret der Abtrettende gantz recht, daß ihme sowohl wegen seines Rechts, als auch wegen der Besserung nach Beschaffenheit der nuterschiedlichen Begebenheiten, wovon wir in vorgehenden geredet haben, Satisfaction gegeben werde, dann diese begehret er nicht unbillich, oder mit Gewalt, als wäre man ihme solche nicht schuldig. Wann man doch setzen will, daß der Grund-Herr die Erb- oder Leib-Gerechtigkeit, oder den Herrn-Gunst, nachdeme er den vorigen Besitzer alle Satisfaction gegeben hat, einem anderen verleyhen, von welchem der Vorfahrer etwas heraus pressen will, so halten wir darfür, daß diß sowohl als den blossen Beständneren verbotten seye, aus Ursach, weilen wir dieser Erpressung halber kein Ursach oder Fundament finden.

Du wirst fragen, weilen die Straff 2.
des Verbrechens Stellionatus genannt, unterschiedlich, und nach Beschaffenheit der Umständ veränderlich, und gemeiner Meynung nach meistens in die Willkuhr des Richters gestellet ist, wie die DD. ad tit. Cod. de Crim. stell. lehren; Was für ein Straff nach unseren Land-Recht geschöpffet werden müsse, wann ein Beständner dergleichen etwas zu begehren sich unterstanden hat? Hierauf antwortet unser Art. daß er dem Herrn noch so viel bezahlen und dem Richter die Straff erlegen müsse: Zum Exempel der alte Bestands-Mann empfanget vom neuen Beständner für das Ausziehen zu einer Discretion 12. Thaler, der muß 24. Thaler zuruck stellen, und nichts destoweniger die gebührende Straff dem Richter bezahlen.

Jenes scheinet unerhört zu seyn, daß 3.
der Art. zu End nicht allein anbefihlt, daß der alte Beständner, der davon geschickt worden, und von seinem Nachfolger zur Discretion ein Geld oder etwas anderes annihmt, sondern auch der Nachfolger ge-

gestrafft werden solle, welcher dem abtrettenden etwas bezahlet hat, wo wir doch sonst die Regul haben, daß allein jener sich eines Wuchers theilhafftig mache, derselben annihmt, nicht aber jener, der solchen aus Noth gibt. Dann wann dem neuen Beständner daran gelegen gewesen, daß er alsogleich das Bestand-Guth beziehen könne, wer wird ihme übel haben, wann er dem Widerspenstigen eine Verehrung gibt, damit er schneller ausziehe? Weilen aber diese Verordnung, daß von neuen Beständner als eine Discretion nichts solle begehret werden, von datummen eingeführet worden, damit die Beständner seiner Zeit kein Gelegenheit haben zu sagen, daß sie mit Beschwärden auf das Guth kommen seyen, und also das utile Dominium erhalten haben; Auch der neue Nachfolger thut mit Bezahlung einer Discretion nicht recht, und folglich ist er straffbar: In disem doch ist er mit seinem Vorfahrer unterschieden, weilen er mit Annehmung eines unerlaubten Gewinns mehrer sündige, als zu desto schnelleren Abzug etwas bezahle. Und dahero kommt es, daß der annehmende zu Erlegung doppelten Gelds neben der Straff gehalten, nicht anderst als wann er für einen Dieb gehalten wurde: Der zahlende aber ist allein zur Straff, so der Richter zu schöpffen hat, verbunden, welche vor altem 5. Pfund und 60. Pfenning gewesen.

Die doppelte Bezahlung solcher Discretion aber fallet dem Fisco nicht zu, wie sonsten alle confiscirte Sachen dem Fisco zukommen, sondern gebühret dem Bestands-Verleyher als dem Herrn. Aus Ursach, weilen meistens das Crimen stellionatus nicht publicum ist, und also solches der Fiscus nicht rächet. Und dahero weilen die Muthmassung ist, daß der Herr aus der neuen Bestands-Verlassung seiner Sach einen grösseren Zinnß hätte erheben können, wann der abkommende Bestands-Mann nichts angenommen hätte, und dahero wird dem Herrn die doppelte Bezahlung der Discretion zugesprochen. 4.

Die richtliche Straff aber, welche dem Richter gebühret, ist nach Krafft dieses unsers Art. willkührlich. Die alte Reformation Dict. Art. 7. Tit. 34. wirfft aus 5. Pfund und 60. Pfenning, welche Straff bey vielen Fürfallenheiten dem alten Recht nach gebräuchig gewesen, seynd doch unsere Richter daran nicht gebunden, sondern können eine grössere oder kleinere Straff nach Beschaffenheit und Umständ fordern. Es ist nicht nöthig gewesen, bey diesem Art. viel Rechts-Stell, und der DD. Meynungen beyzurucken, weilen, wie wir gesagt haben, die darinn enthaltene Verordnung in purer Teutscher klarer Aufrichtigkeit bestehet.

Der dreyzehende Articul.

WO die Bauers-Leuth ihren Herren, da sie ihrer Nothdurfft nach ab- und ihre Höff und Güther auf dem Land andern verstüfften wöllen, Drang und Muthwillen beweisen; Auch, wie bishero geschehen, nicht allein gegen ihrer Herrschafft, sonder den jenigen auch, die an ihrer Statt aufgestüfftet werden, sich treulich und in anderweg fast ungeschickt halten, und über der Herrschafft Willen die Güther nicht raumen, oder den Mayr, so die Herrschafft darauf zu stäfften vor hat, ihren Gunst und Willen (wo er anderst zu dem Guth kommen, und dasselb mit Ruhe und ohne Sorg besitzen will) von ihnen zu erkauffen bezwingen wurden, sollen dieselben, wo sie nun füran im Land angezeigt, gefunden, oder betretten werden, durch die Richter fänglich, auf ihr der Bauren selbst eigene Kostung angenommen, und zu Verschreibung, Borgschafft, und genugsamer Versicherung, und zu Abstehung des Guths gehalten, auch darzu nach Ungnaden gestrafft, oder wo derselben einer kein Borgschafft gehaben, oder die Geld-Straff zu geben nicht vermöcht, demselben ohne Mittel das Land verbotten werden; wiewohl auch etliche fürgeben, daß sie ihren Grund-Herren ein Verehrung, Anleit, Anfall, Land-Schuld, oder Neu-Stüfft, als sie aufgestüfft worden, gegeben, und dahero bey den Güthern ein Gerechtigkeit zu haben vermeynen, also sich von den Güthern, unerachtet sie sonsten einige Gerechtigkeit, oder sonderbar Geding nicht kunten beweisen, nicht wöllen abstüfften lassen; So soll sie doch der solcher Massen gegebene Anfall, wann sie keine Gerechtigkeit, wie in den vorgehenden Articuln geord-

geordnet, beweisen mögen, mit nichten fürtragen, sondern dieselbige, sowohl als andere Frey-Stiffter, welche dergleichen nicht gegeben, wann ihnen die Stifft ordentlich aufgesagt würdet, auf die 4. Tag (welche ihren Anfang 14. Tag nach Liechtmessen nehmen) ohn alle Einred abzuziehen schuldig seyn, doch die Grund-Herren (wann sonsten kein Verwürckung vorhanden) ihnen solche Verehrung, Anfall, oder Neu-Stifft, die sie vor diser Ordnung eingenommen, ohn Zinnsung, aber da einer fürterh in dergleichen nehmen würdet, samt der Zinnsung wieder hinaus geben.

Summaria.

1. Was zu thun wann der alte entlassene Bestands-Mann den neuen nicht einlassen will, sondern halsstärrig und bedrohlich ist?
2. Was das *Crimen* der Beuhrdung seye, und wie gestraffet werde?
3. Ob ein solch bedrohlicher Mann eingespert und aufbehalten werden könne, biß er eine *Caution* keinen Schaden zu thun leistet, und ob eine eydliche *Caution* genug seye?
4. Ob nicht schwere Betrohungen eine Beuhrdung seyen?
5. Ob man auch wegen Außziehung eine *Caution* geben müsse?
6. Ob nicht der Bestands-Herr selbsten aus eigener Macht und Gewalt den Bestands-Mann austreiben könne?
7. Was zu thun, wann der Verleiher vom Bestands-Mann ein Neu-Stifft-Geld oder Verehrung angenommen hat, ob der Bestands-Mann ausweichen müsse, wann ihm solche Verehrung wider zuruck gestellet wird?
8. Ob der Verleiher das Bestand-Geld zuruck geben müsse, wann der Bestands-Mann das Ausziehen verwürcket hat?
9. Wann und in welchen Fall der Beständner solches verwürcke?
10. Ob die Neu-Stifft oder Anfall mit dem Interesse zuruck gestellet werden müsse?
11. Zu was Zeit der Herr dem Beständner das Bauren-Guth auffagen müsse.
12. Ob nicht, nachdeme nach Liechtmeß die 14 Täg verstrichen seynd, noch andere 4. Täg zu vollständiger Raumung des Guths gestattet werden?

1. In vorhergehenden Articul haben wir gehöret, daß denen blossen Frey-Stifftern oder Bestands-Männern unter schwerer Straff verbotten seye, daß sie in dem Fahl, wo der Herr die Bemayerung seines Bauren-Guths, Frey-Stiffts-weiß von einen zum andern überlaßt, keine Verehrung annehmen sollen, jetzt wird weiters verordnet, was zu thun seye, wann die alte Beständner so halsstärrig seynd, daß sie weder dem Herrn die Bemayerung abtretten, noch einen neuen Mayer einlassen wollen, oder wenigst in so lang nicht einlassen, biß der neue ihnen ein gewisses Geld bezahlen, oder sonsten weiß nicht was für Bedrohungen ausüben, wie wir einstens einen Herrn-Günstler gehabt haben, welchen wir von darumen, auf in vorgehenden Articuln ausgelegte Weiß darvon schicken wollen, weilen er ein mit Schulden beladener, versoffener, liederlicher Hauß-Mann wäre. Diser ist, nachdeme ihme die Entlassung bedeutten worden, so stoltz und vermessen gewesen, daß er uns ins Angesicht sagte, er wolle seinem Nachfolger einen rothen Haan auf das Tach setzen, welcher Bößwicht nachgehends alles abgelaugnet hat, daß man wider ihne criminaliter nicht hat verfahren können. Nun wider dergleichen Leuth, befihlt der Articul daß die jedes Orths verhandene Richter mit der Gefängnuß verfahren sollen, wann sie im Land gefunden und betretten werden können. Und zwar nicht auf Kösten des Herrn, sondern des Bauerns, biß der eingelegte Bauer entweders eine Borgschafft durch Bürger, oder eine andere genugsame Caution auf zwey Stuck geleistet. Erstlich daß der Herr sicher seye, und zweytens daß er das Guth raumen wolle.

2. Was das erste anbelangt, so wissen wir, daß die Diffidation oder Beuhrdung im Römischen Reich ein sehr schweres Laster seye. Reichs-Abschid de Anno 1521. und 1548. Item de Anno 1555. Cammer-Gerichts-Ordnung part. 2. tit. 14. zu End. Halß-Gerichts-Ordnung Carol. V. Art. 128. also daß die Beuhrder für Verbrecher des Lands-Friden gehalten, ja mit dem Schwerdt gestraffet werden. Mind. de process. execut. cap. 25. n. 4. lib. 1. Heig. quæst. 32. n. 8. Berlich. lib. 4. conclus. 21. n. 4. Und weilen das Beuhrdungs-Laster unter die schwerişte und grausamste gezehlet wird, daß auch das Anmassen gestrafft wird, nicht allein am Thäter selbsten, sondern auch an seinen Mit-Gesellen, und die ihnen anhangen, und Unterschlaiff geben. Reichs-Abschid de Anno 1555. ja auch an jenen, welche denen Beuhrdern nach beschehener Beuhrdung einen Rath Geld zu erpressen gegeben, und ihnen einen gewissen Antheil davon aufgedungen haben. Nicht minder auch an jenen, welche Beuhrdungs-Brieff geschriben, anderen

ren überbracht, und andere Hülff zu Vollziehung dieses Lasters geleistet haben. Lese den Heig. part. 2. quæst. 32. n. 54. Gilhausen. in sua arbor. Crim. cap. 2. tit. de diffid. 8. n. 7. Berlich. loc. cit. n. 9. & seq. Obwohlen nun ein anderes Laster die Beuhrdung, und ein anderes die blosse Betrohung ist, absonderlich wann die Betrohungen von Privat-Leuthen wider Privat-Persohnen, oder unter zweiffelhafftigen Worten herstammen zum Exempel, ich will dir das dencken, ich will mich rechen, 2c. oder aus Zorn oder Trunckenheit geschehen, wo meistens dergleichen unverständige, rasende, und betruncken Leuth mit vilen Fluchen sich verpfänden, daß sie ihrem Widersacher diß und jenes nicht schencken wollen, und was dergleichen mehr ist. Diese und dergleichen Bedrohungen doch, wann sie schon keine wahrhaffte Beuhrdungen seynd, sollen doch unbestrafft nicht bleiben, sonder es müssen solche Bedroher neben verdienter Straff, wie der Art. meisterlich mit sich bringet, in Kercker geworffen, und allda in so lang aufbehalten werden, biß sie durch Bürgen oder Unterpfand de non offendendo genugsame Caution geben. L. hæc autem satisdatio ff. si cui plusquam &c. Wesenbe in §. item Lex Julia de vi Inst. de publ. n. 4. Beuther. ad L. ad momendi. 31. ff. de jurejur. n. 1179. Col. decis. 222. n. 3. welche Caution, wann sie nicht bekommen können, so werden sie ausser Land verwisen. Jul. Clarus. lib. 5. senten. §. ult. quæst. 47. n. 5. ad fin. farinac. in sua pract. crimin. part. 3. quæst. 107. n. 141.

3. Was ist aber zu thun, wann einer, der eine genugsame Caution durch Bürgen oder Unterpfand nicht aufbringen kan, sich zu der eydlichen Caution erbiettet? Wir antworten, daß unser Articul absonderlich die Caution mit Bürgen oder durch Unterpfand haben wolle in denen Worten: Zur Verschreibung-Borgschafft, und genugsamer Versicherung. Daß also die beschworne Caution, welche niemahlen für genugsam gehalten wird, wo sonderheitlich eine Caution mit Bürgen oder Unterpfand erfordert wird, nicht könne zugelassen werden. Wann du in dem gesetzten Casu schon darfür halten wilst daß der Bedroher reich seye, und also unter Verschreibung all seiner Haab und Güther versprechen will, daß er die Bedrohungen nicht in das Werck setzen, auch auf keine Weiß seinen Herrn und seinen Nachfolger beleydigen wolle. Clar. loc. cit. quæst. 47. n. 5. Farinac. dict. loco quæst. 107. n. 44.

Es ist aber nothwendig, daß eines solchen Menschen durch Bürgen oder Unterpfand gegebene Caution in sich enthalte, daß er nicht allein die Principal-Personen, das ist, den Herrn, seinen Nachfolger, sondern auch derselben Kinder, Hauß-Genossene Befreunde, Schwäger, gute Freund, und andere dergleichen nicht beleidigen wolle. Farinac. dict. part. 3. quæst. 107. n. 25. wo er n. 26. beysetzt, daß ein bedrohlicher seine Caution auch auf seine Kinder, Hauß-Genossene, und Freund ausstellen müsse. Welches ja billich ist, weilen dergleichen halßstärrige und verstockte Leuth offt etwas durch andere vollziehen lassen, was sie selbsten nicht vollbringen können.

Fürwahr dergleichen gemeinen Leuthen Bedrohungen können zur Zeit so schwer seyn, daß sie in das Laster der Diffidation verfallen, wie einige von einen solchen Bedroher darfür halten, wovon wir oben gesagt haben, der bedrohlich ist, einem einen rothen Haan auf das Tach zu setzen. Wie zu lesen ist bey Damhauder. in sua prax. crim. cap. 103. n. 10. Auß Ursach, weilen ein solche Betrohung zu Præjudiz des gemeinen Weesens abzihlet, weilen kein Privat-Brunst kan erwecket werden, welche nicht eine gantze Gemeind in Gefahr setzen kan. Farinac. loc. cit. quæst. 110. cap. 3. n. 157. welches doch Berlich. loc. cit. conclus. 24. n. 29. & conclus. 22. n. 22. nicht zulast, wann nicht andere Umständ mit einschlagen, oder der Bedroher ein so verwegener Mensch ist, daß nicht zu zweiffeln, er setze die Bedrohungen in das Werck. Uber welches alles die oben benannte DD. und sonderheitlich Farinac. der alles weitläuffig überlegt, zu lesen seynd. Wir werden sicherer thun, wann wir solch boßhaffte Leuth nach Verordnung unsers Art. in Kercker werffen, und besorgen, daß, wann sie wegen Sicher-Stellung des Herrn und des Nachfolgers am Guth nicht sattsame Sicherheit geben können, sie ausser Land relegirt werden. 4.

Der andere Punct der durch Bürgen oder Unterpfand zu leisten stehenden Caution ist, welche solche boßhaffte Leuth præstiren müssen, daß sie die Bestand-Güther raumen wollen. Obwohlen diese Caution selten gebraucht wird, weilen meistens die Richter mit der Execution fürfahren, und nicht allein alle Hauß-Genossene aus dem Hauß treiben, sondern auch alle Mobilien, und was sich bewegt, auf die Gassen werffen, welches ein sicherer und kürtzerer Weeg, als ein jedwedere Caution ist. Dann was wird dem Nachfolger oder dem Herrn nutzen, wann der Richter zur Execution wegen der geleisten Caution nicht schreiten kan, wann diese 5.

boß-

boßhaffte Leuth mit gleicher Halsstärrigkeit solche zu hinterlisten suchen?

6. Wann du fragest, ob nicht der Herr selbsten Richter seyn, und eigenmächtig den Bauern wegjagen könne? Oben bey dem 5. Art. 17. Tit. haben wir eine Begebenheit, so uns sehr zweiffelhafftig vorkommet, in Puncto Verleyhung eines Hauß erzehlet, wo uns ein gewisser kecker Mann betrohet hat, daß wann nicht in Zeit 14. Tägen das Hauß geraumet werde, er wolle unsere Armethey zu öffentlichen Spott des Volcks auf die Gassen hinaus werffen. Es ist aber wenig abgangen, daß er nicht über die Stiegen hinabgeworffen worden, und eben diesen Weeg zuvor hat suchen müssen. Wir sagen dahero, es seye ein doppelter Unterschied zu machen, erstlichen ob der Herr des Guths, so er verlihen hat, den Gerichts-Zwang über die Bauern-Güther habe, wie all andere Hof-Marcks-Herren, oder andere privilegirte Edel-Leuth, die über ihre Bauern-Güther das Hof-Marcks- oder Nieder-Gericht haben: Dann diese können ja in Krafft habender Jurisdiction aus eigener Macht den Bauern samt den seinigen austreiben, und seine Haabschafft samt dem Vieh aus dem Hauß werffen. Wann du aber setzest, daß der Herr kein Jurisdiction habe, so entspringt der weitere Unterschied, ob gewiß und unzweifselhafft seye, daß der Bestand ein Ende habe, oder nicht? Im ersten Fall, da der Bestand notorisch sich geendet hat, hindert nichts, weßwegen der Herr, der zwar kein Jurisdiction hat, als Herr über sein Sach, den Besitz des Guths an sich ziehen, und den anderen eigenmächtig austreiben könne. Wie wir ad. dict. Art. 5. Tit. 17. der Land-Recht ausgelegt haben. Wann aber der Bestand nicht aus ist, sondern wegen einer andern Ursach der Mayer ausgetrieben werden will, deren Ursachen wir einige alldort erzehlet haben, alsdann kan keiner in seiner eigenen Anligenheit Richter sein, sondern muß den Richter um Hülff ansuchen, obwohlen die beste Authores Classici bey Alvaro Valasc. de Jure emphy. quæst. 21. n. 2. und bey Molin. de just. & jure disput. 499. n. 15. wollen, daß der Herr in allen Fällen, an welchen der Beständner vertrieben werden kan, aus eigener Macht den Beständner ohne richterliche Hülff austreiben könne. Welches doch mit unserem Art. nicht übereins kommet, welcher die richtlichere Authoritæt austrucklich erfordert. Gewiß erachten wir, daß die Meynung, daß der Herr den Beständner aus eigener Macht austreiben könne, wenigst in jenem Fall irrig seye, wann über eben jenen Puncten, ob der Beständner vertrieben werden könne; Der Stritt ist, da einer ja, und der andere nein saget, welcher Stritt ja zuvor ausgemacht, und verbscheidet werden muß, ehe der Herr aus eigener Macht am Beständner und seinen Leuthen, und seinen Sachen Hand anlegen kan. Lese den D. Rath. loc. cit. assert. 113. mehrers wird folgen bey dem 17. Art. und dahero kommt es, daß alles, was der gegenwärtige Art. wider die hartnäckige Beständner fürzukehren vorschreibet, denen Richtern committiret. Dann dergleichen boßhafften Bauers-Leuthen, welche unter ihresgleichen die rechte Bauern-König seynd, gehet niemahlen eine Vorwendung ab, wodurch sie ihren ungerechtisten Vorbildungen ein Färbel anstreichen.

Unser Articul selbsten thut den Haubt-Streich, worauf sie sich besteiffen, bey dem Wort: **Wiewohl** anführen, da sie meistens sagen, daß sie zur Zeit des getroffenen Bestands ihren Grund-Herrn eine Verehrung, oder, wie hier zu Land gesagt wird, ein Anleit, Anfahl, Land-Schuld, oder Neu-Stüfft haben bezahlen müssen, wann sie schon im übrigen durch Brieff kein utile Dominium, oder andere Bedingnussen, und Pacta erweisen können. Obwohlen nun besagter massen scharpf verbotten ist, daß der Herr bey einem blossen Bestands-Contract keine Verehrung, oder Neu-Stüfft annehmen solle, jedoch, wann solches geschehen ist, und die übrige erforderliche Haubt-Stuck abgehen, kan der Bauer kein utile Dominium, sondern allein das blosse Bestand-Recht prætendiren. In welchem Stritt ja der Herr, so kein Jurisdiction hat, als in eigener Sach kein Richter seyn kan, sondern muß den Handel beym ordentlichen Richter ausmachen lassen, welch alles unserer Meynung nach klar genug ist. Unterdessen doch ist der Herr oder der Bestands-Verleyher, der eine Verehrung oder Neu-Stüfft verbottener weiß angenommen hat, verbunden und auf zweyerley schuldig solche zuruck zu geben. Dann entweders kan der Bestands-Mann, der abweichen muß, von schuldigen Bestand-Geld jenes abziehen, was er zu Anfangs zur Verehrung oder zur Neu-Stüfft gegeben hat, oder wann er das Bestand-Geld schon völlig erleget hat, die Verehrung Conditione indebiti zuruck begehren. Und dieses ist unsers Erachtens der eigentliche Verstand der so sehr duncklen Worten: So soll doch. 7.

In denen Worten: **Wann** sonsten ist ein Ausnahm begriffen, welcher im ersten Ansehen sehr frembd fallet, wo gesagt wird, daß der Bestands-Herr zuruck geben müsse, was er unter dem Titul einer 8.

ner Verehrung oder Neu-Stüfft empfangen hat, wann sonsten kein Verworchung vorhanden. Dann es scheinet nicht, wie dißfalls eine Verwürckung Platz haben könne, nicht auf Seiten des Bestand-Manns, weilen die Herrschafft bey dem Bestands-Verleyher verbleibet, und dem Bestands-Mann nicht zukommet. Obwohlen du also sagen woltest, daß der Bestands-Mann die ihm verlihene Sach mißbraucht, und daran einen nahmhafften Schaden verursachet habe, gleichwie wann er wegen unzeitiger und widriger der Acker und Wiesen Anbauung das Guth um künfftig Früchten zu tragen unnutzlich gemacht wird, wann er die Wein-Reben mehr als billich beschneidet, die fruchtbare Bäum ausreuthet, oder sonsten verderbet, und dergleichen thäte ꝛc. weil er deßwegen nichts verliehret, wie ein Erb- oder Leib-Rechter Bauer, oder Herren-Günstler, weilen diese das utile Dominium haben, welches wegen nahmhaffter Abschleipfung verwürcket werden kan. Ein blosser Beständner aber hat am Grund kein Recht, welches er verwürcken kan, sondern allein hat der Bestands-Herr den Gewalt, daß, wann er will, ihne vor der bedungenen Zeit weg zu jagen, und für die ex culpa lata oder levi verursachte Abschleipfung belangen kan. Nicht auf Seiten des Bestand-Herrn, weilen, obwohlen er dem Bestands-Contract widerstrebet, nirgend doch verordnet zu seyn gefunden wird, daß er hierdurch die Herrschafft über seine Sache verliehre, sondern er muß vom Bestands-Mann über jenes, was ihme daran gelegen ist, bey ordentlichen Gericht belangt werden. Aber, obwohlen die Herrschafftliche Räth eben dieses dem Durchläuchtigsten Gesatz-Geber entgegen gesetzt haben, so ist doch der Articul ohngeändert in seinem Stand gelassen worden. Es gezimmet sich also, daß wir sagen, daß derselbe von Verwürckung der Sach, welche in Bestand verlyhen worden, sondern von der Verehrung oder Anfall-Geld zu verstehen seye.

9. Dann wann du setzen woltest, daß die Verehrung, oder Anfall-Geld vom Bestands-Mann anstatt eines Hafftel-Gelds oder Straff zu Vesthaltung des Contracts gegeben worden, mit dem Geding, daß, wann der Bestands-Mann den Handel nicht halten wolt, die Verehrung oder das Anfall-Geld verlohren seyn solle; So ist fürwahr solche Bedingung, wie wir oben bey dem Tit. de empt. & vend. weitläuffiger geredt haben, erlaubt, gerecht und ehrlich, L. contractus. 17. Cod. de fide instrum. und folglich, wann der Bestands-Mann den Contract nicht haltet, so ist der Bestands-Herr nach Krafft dieses Art. nicht gehalten das Anfall-Geld oder Verehrung zuruck zu geben. Dergleichen mehrere Casus kan der geneigte Leser, wann er will, sich selbsten einbilden, weilen der Vermuthungs-Contract bonæ fidei ist, welchem alle vernünfftige und billiche Bedingnussen angefüget werden können, welche, wie wir schon offt gemeldet haben, getreulich gehalten werden müssen.

Unter anderen haben wir in vorgehenden 5. Art gesagt, daß der Herr, der seinen Mayer, so eine veranleite Frey-Stüffts-Gerechtigkeit hat, entlassen will, ihme auch das bezahlte Anfall-Geld zuruck geben müsse, wann der Bauer zur Zeit des verlyhenen Herren-Gunsts eines bezahlt hat, und obwohlen alldort auch beygesetzt worden, mit samt dem Interesse, so ist doch auf Ermahnung der Herren Räthe der Art. corrigiret worden, und was vom Interesse des Anfall-Gelds in den projectirten Articul gesetzt worden, das ist sodann wider in dem Original ausgelassen worden. Hier aber in unserm Art. wird zu End austrucklich verordnet, daß nicht allein das Anfall-Geld, welches von einem blossen Bestands-Mann bezahlet worden, vom Bestands-Verleyher zuruck gegeben werden müsse, sondern auch mit dem Interesse. Du wirst also fragen, was für eine Ursach des Unterschids seye? Und wir antworten, in dem ersten Casu, wann der Grund-Herr den Herren-Günstler wegschicket, hat er mit billichen Fug das Anfall-Geld empfangen, weilen der Herren-Günstler das utile Dominium erhalten hat, in Ansehung dessen das Anfall-Geld rechtmäßig bezahlet worden, daß also das Interesse vom Anfall-Geld, mit der Nutzniessung des Herren-Gunsts-Guths aufgehebt werden, und nach aufgehebten Contract nichts als der blosse Anfall ohne Interesse zuruck zu geben ist. In dem anderen Casu aber, hat der Herr das Anfall-Geld ungerecht eingenommen, welches der Bestands-Mann auf keine Weiß schuldig gewesen. Ist sich also nicht zu bewundern, daß er letzteres mit samt dem Interesse zuruck geben muß. 10.

Doch setzet der Art. diese Milderung bey, daß diese Verordnung allein zu verstehen seye von künfftigen Begebenheiten, aus Ursach, weilen die Gesatz nur auf das zukünfftige binden, und nicht die vergangene Sachen, L. 7. Cod. de Leg. Gail. 2. Obs. 9. n. 3. und denen künfftigen Geschäfften und nicht verwichenen eine Gestalt geben. Cap. cognoscentes 2. X. de constit. cap. quoniam. eodem. L. ult. in fine Cod. de locat.

Endlich widerholt unser Art. was schon zuvor bey dem 10. Art. gesagt worden, daß einem jeden Bestands-Mann 11.

die

die Aufkündung auf Liechtmeß geschehen müste, in diesem Art. aber wird die Aufkündung besser und genauer ausgelegt, daß die Aufkündung inner 4. Täg vom 16. Februarii an zu rechnen geschehen müste; Damit nun der geneigte Leser dieses genauer verstehe, so ist aus dem gemeinen Brauch unsers Vatterlands zu supponiren, daß, so offt ein Termin oder Tags-Fahrt etwas zu thun, oder zu verrichten anberaumet wird, allzeit beygesetzt werde, Vierzehen Tag vor oder nach, zum Exempel, in allen Zinnß, und Pfands-Verschreibungen, Erb- und Leib-Recht- und anderen Brieffen wird allzeit beygesetzt daß dieses oder jenes solle gegeben, gereicht, und zahlt werden ꝛc. auf diese oder jene Zeit, Fest, oder Tag, vierzehen Tag vor oder nach. Weilen dann vorbesagter 10. und dieser 13. Art. verordnen, daß ein jeder Bestands-Verleyher eines Bauern-Guths dem Bestands-Mann den Bestand auf Liechtmeß aufkünden müste, so wird allzeit die gewöhnliche Clausel vierzehen Tag vor oder vierzehen Tag nach Liechtmeß darunter verstanden.

12. Weilen aber aus Gewohnheit und Observanz dieses noch weiters eingeführet worden, daß auch nachdeme 14. Täg nach Liechtmeß verstrichen, noch weitere 4. Täg zu Ausraumung des Bestand-Guths zugelassen wurden, damit der Gegentheil sich wegen Ubereylung nicht beklagen könne, diß hat der Art. gegenwärtig approbiret, aber ein anderer Mißbrauch ist eingeschlichen, absonderlich bey Dingung der Ehehalten, daß sie solche 4. Tag bis auf den Aschermittwoch, und von diesen biß auf den ersten Sonntag in der Fasten hinauß zieheten, also daß zuweilen dieses schalckhafftige Gesindl die gantze Zeit von Liechtmeß biß auf den ersten Sonntag in der Fasten, welches insgemein die Faßnacht-Zeit ist, und zuweilen, wann Ostern spatt fallet, sich in etlich Wochen erstrecket, liederlich und faulentzend zubringet. Dieses dann aufzuheben verordnet unser Art. daß diese 4. Täg sich den 20. Februarii enden. Wann schon die Faßnacht, und Aschermittwoch mit denen nachfolgenden 4. Tägen sich weiters erstrecken, und gantz recht: weilen die Kirchen-Fest zu solchen ungeschickten Absehen nicht erfunden worden, und also die Anrechnung der Terminen besser von Tag zu Tag eingeschrencket, als auf die Kirchen-Gebräuch erweitert werden. Lese auch was in gleichem von denen 4. Tägen der Schlenckel-Weil lib. 4. Tit. 12. Art. 1. der Lands- und Pollicey-Ordnung gesagt wird.

Der vierzehende Articul.

Spricht aber jemand er hab von einer Herrschafft, Erb-Recht, oder Leib-Geding auf einem Guth, und die mit Nutz und Gewehr besessen, daß soll ihne nicht fürtragen, er habe dann Brieff darum. Wären aber die Brieff von Alter, oder von Unglück daß man sie nicht mehr lesen, noch erkennen möchte abgangen, oder gar verdorben, die soll der Herr verneueren, wann der Mayer, wie recht ist, beweisen mag, wie die Brieff gestanden sind, und soll das geschehen in 6. Monathen; Verzug aber der Herr, nach beschehener Beweisung die Erneuerung der Brieff, über zwey Monath, und empfieng der Mayer des ichts Schaden, mit nachreisen, oder mit Gericht, den soll ihm der Herr abthun.

Summaria.

1. Wann die Brieff über Erb- oder Leib-Recht Alters halber oder wegen Verfaulung zu Grund gangen, ob nicht der Mayer den Innhalt der Brieff durch Zeugen beweisen könne?
2. Inner was Zeit diese Prob gemacht, und die Erneuerung der Brieff verschafft werden müsse?
3. Was Rechtens, wann die *Substanz* des Erb- oder Leib-Rechten *Contracts*, nicht aber die Bedingnussen bekannt seynd, ob der Herr die Erneuerung der Brieffen verweigern könne?
4. Was zu thun, wann der Mayer eine ungewöhnliche Bedingnuß haben will, der Herr schuldig seye, solche in Brieff einschreiben zu lassen?
5. Ob der vorgeschribne Termin zu Erneuerung der Brieff *peremtori*sch seye?
6. Ob nicht die nach verflossnen Termin wegen billicher Ursach gemachte *Expedition* der Brieff gültig seye?
7. Ob nicht ein Mayer die Erb-Gerechtigkeit ohne Brieff mittelst einer unfürdencklichen Verjährung erwerben könne?
8. Was Rechtens, wann der Mayer zwar Brieff nicht aber vom Herrn hat, ob ihme nicht die Verjährung helffe?
9. Ob nach dem Bayrischen Recht so wohl vom Sack- als Vogel-Herrn die Verbrieffung erfordert werde?
10. Ob zur *Substanz* des Erb-Rechten *Contracts* obrigkeitliche Brieff nöthig seyen?

11. und 14. Ob nicht auch der Eigenthums-Herr Brieff geben könne? und was für ein Unterschid zu machen seye, unter denen *Real*, *Personal* und vermischten *Contracten*?
12. Ob der Eigenthums-Herr das Siglungs-Recht habe, wann er einen Hoff aufs neue zu Erb-Recht überlast?
13. Ob bey *mixtirten Contracten* des Vogt-Herrn Verbrieffung, ohne des Grund-Herrn Willen, genug seye?

Wir haben in diesem Articul abermahlen eine Wiederhohlung dessen, was im 6ten Articul schon sattsam ausgelegt worden, daß nehmlich kein Erb- oder Leib-Recht, oder ein Bestand-Recht über 3. Jahr nicht bedungen werden könne, es seyen dann darüber Brieff errichtet worden, in deren Abgang weder eine ordinari noch die längste Verjährung von 30. und 40. Jahren was nutzet, wie wir alldort nach Kräfften wieder andere behauptet haben, und wir glauben, daß diese Meynung um so kräfftiger seye, weilen in diesem abgesönderten Articul auf das neue wiederholt wird, daß dergleichen Erb- oder Leib-Rechter kein Nutzen, und Gewehrs-Ersitzung fürtragen könnte.

1. Jedoch wird hier ein merckwürdiger Ausnahm beygesetzt, daß alsdann das Erb- Leib- oder zeitliches Recht durch Zeugen erwiesen werden könne, wann die darüber sagende Brieff aus Unglück verlohren gangen, oder Alters halben verderbt seynd, daß sie nicht mehr können erkennt oder gelesen werden, dann wann in solchen Fall derselben Innhalt erwiesen werden kan, wie recht ist, so ist der Grund-Herr schuldig, selbe erneuern zu lassen.

2. Damit aber solche Erneuerung zu ein oder des andern Theils Schaden und Præjudiz nicht verschoben werde, so wird dem Mayer eine Zeit von 6. Monathen anberaumbt, daß der Brieffen Innhalt durch Zeugen, oder sonst rechtsmäßiger Weiß offentlich erweise. Und nachdeme dieses geschehen, so muß der Herr andere Brieff nach Innhalt der vorigen inner einer Monaths-Frist verschaffen, wann aber er solches länger verschoben hat, muß er dem Mayer allen gerichtlichen und ausser gerichtlichen Schaden und Kösten abthun. Aus dieser des Articuls Verordnung entspringen nun etlichen Fragen.

3. Die erste ist, wann zwar aus denen wegen alter unleßbahren Brieffen abzunehmen, daß der Mayer ein Erb- oder Leib-Recht, oder ein veranleite Frey-Stifft gehabt habe, da etwan das Sigil verhanden, und etliche Zeilen leßbar, woraus das Erb-Recht sattsam abzunehmen, also daß in der die Substanz des Contracts erhellet, von denen Bedignussen aber weder aus denen Brieffen, noch aus anderer Zeugenschafften etwas gewisses abzunehmen ist: Item (welches uns wiederfahren ist) Wann des Mayers Hauß durch das wilde Feuer verbrennt worden, und zwischen dem Herrn, und dem Mayer über die Beschaffenheit des Guths, daß es eine Erbs- oder Leibs-Gerechtigkeit, oder einen Herrn-Gunst habe, kein Stritt, sondern allein über die Bedignussen des ersten Contract der Disput ist, welche nicht können erweisen werden, ist wohl deßwegen der Mayer für einen blossen Bestands-Mann zu halten? und wir vermeynen, daß bey dergleichen Fürfallenheit der Herr schuldig seye, die Brieff der Billichkeit nach erneueren zu lassen, weilen ja höchst unbillich wäre, daß dem Mayer wegen erlittenen Unglück von einem ohnversehen Fall sein Recht zu Grund gehen solle, welches wir auch in so weit erstrecken, daß, wann schon unser Articul sagt, daß alsdann nur die Brieff erneuert werden müssen, wann der Mayer, wie recht ist, beweisen mag, wie die Brieff gestanden seynd, jedoch unserer Meynung nach der Herr mit Recht die Brieff-Erneuerung nicht weigern könne, wann die Substanz des Contracts bekannt ist, wann schon die Bedignussen unwissend seynd, weilen zufällige Sachen die Substanz nicht abendern können. Wir haben zwar ex L. Zenonis 1. Cod. de jure emphyt. gesagt, daß zur Substanz eines Erb- oder Leib-Rechten Contracts die Brieff-Errichtung erfordert werde, welches eine hergebrachte Sach ist. Aber die Brieff nachgehends verlohren gangen, oder unleßbahr worden, so wird dadurch der Rechtsbehörig beschlossene perfecte nicht verletzt, wann dessen Substanz bekannt ist, wann schon das Instrument so verdorben, daß man die Bedingnussen darauf nicht genugsam abnehmen kan. L. 1. Cod. de jure emphyt. & ibi DD. Speculator lib. 4 part. 3. de emphyteus. n. 166. & seqq. Dann es kan zwischen dem Herrn und dem Mayer über des Contracts Bedignussen aufs neue der Billichkeit nach contrahirt werden, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, welches so nicht seyn kan, weilen jenes, was in letzteren Jahren zur Gült, und für andere herrschafftliche Schuldigkeiten zu bezahlen gewohnt gewesen, auch erachtet wird in vorigen Zeiten bezahlt worden zu seyn, und darfür gehalten wird, daß die Conditiones, welche in der Nachbarschafft bey dergleichen Güthern im Brauch seynd, auch bey solch im Stritt stehenden Guth im Brauch gewesen zu seyn.

4. Eine grössere Beschwehrnuß hat es, wann ein solcher Mayer, der die Brieff über sein Recht aus unversehenen Fall verlohren hat, eine

eine ungewohnliche Condition haben will, zum Exempel, wir wollen auf unsern eignen Casum zuruckgehen, unser Mayer, deren das Hoch-Gewitter in sein Hauß geschlagen, und die Brieff über sein veranleite Freystiffts-Gerechtigkeit verbrennt, bey Erneuerung der Brieffen unter andern Bedingnussen insonderheit haben wollen, daß wie wir oben schon eine Meldung gethan haben, ihme aus unsern Wäldern so vil Holtz solle gegeben werden, so vil er nicht allein zur täglichen Hauß-Nothdurfft, sondern auch zu Einzäumung der Acker und Wisen nöthig habe, welches uns sehr fremd und seltzsam vorkommete, weilen der Werth des Holtzes den Werth der jährlichen Gült, und andern herrschafftlichen Schuldigkeiten übersige, welches unerhört ist, daß nehmlich der Mayer vom Herrn mehrer empfangen solle, als er jährlich ihme aus dem Guth für dessen Nutzen und Gebrauch gelifert werde, auch kein anderer Unterthan in unserer Hoff-March dieses Recht hatte, Krafft dessen wir gehalten wären, ihme aus unsern Wälderen nur einen Stammen, zu geschweigen eine gantze Vorsehung zu geben. Wir haben dahero ihme durch eine gerichtliche Signatur aufgetragen, daß er inner 6. Monath Rechtsbehörig erweisen solle, daß diese Condition in vorigen dermahlen verbrendten Brieffen enthalten gewesen seye, er ist aber schon durch etliche Jahr so halsstärrig und vermessen, daß er die Brieff nicht erneueren lassen, biß wir zu lassen, daß ihme nach seinem Gefallen Holtz genug in dem Brieff angeschafft werde, dessen Ausgang wir bald sehen werden. Unter dessen

5. Ist die andere Frag, ob der in diesem Articul zu Erneuerung der Brieff anberaumte Termin von 6. Monathen peremtorisch seye? Und es scheinet, man könne mit ja antworten. Weilen es ein vom Gesatz gegebner Termin ist, bey deme um so genauer zu verbleiben ist, damit nicht dergleichen Leuth wegen längeren Vorschub weiß nicht was für eine Freyheit sich einbilden, und endlich die Weesenheit der Land-Güther entweders gar, oder mehrern Theils ablaugnen. Hernach ist in dem Art. 10. Tit. 7. des Summarischen Proceß ausdrucklich verordnet, daß der zur Prob gesetzte Termin nicht länger seyn solle, als 3. Monath lang; Weilen dann in gegenwärtigem Articul ein Termin von 6. Wochen gesetzt ist, und in der That noch so lang ist als der Prob Termin, so scheinet nicht, daß solcher erweitert werden könne. Weilen aber über alte Sachen die Prob zu machen meistens sehr schwer ist, und dergleichen Bauers-Leuth ihre Briefffschafften selten anderen anvertrauen, damit sie nicht beneidet oder verachtet werden, dahero getrauen wir uns nicht, diesen Termin so peremtorisch zu machen, daß nach dessen Verlauff wir den Mayer von Erweisung ihres Rechts ausschliessen sollen, absonderlich, wann der Grund-Herr die Prob nicht getriben, und doch die jährliche Gült und übrige herrschafftliche Schuldigkeiten angenommen hat, weilen in all andern Causis Krafft des 11. Art. 7. Tit. des Summarischen Proceß der Prob-Termin aus einer rechtmäßigen Ursach vom Richter verlängert werden kan, und anscheinet, daß der Grund-Herr mittelst Annehmung der jährlichen Gült, oder andere Schuldigkeiten die Versaumung des Mayers genehm halte, oder wenigist solche nachsehe.

Ingleichem drittens, wann schon dem Herrn ein Termin von zwey Monath zur Expedition der neuen Brieffen anberaumt wird, so erachten wir doch, daß, wann eine rechtmäßige Ursach unterlaufft, weßwegen inner 2. Monath die Fertigung der Brieff nicht geschehen können, eine Verlängerung des Termins erhalten werden könne, um so leichter, weilen der Termin von zwey Monath nicht præclusiv, noch zu dem End gegeben worden, daß nach Verstreichung desselben der Herr sein Recht verliehre, sondern, wie der Articul redet, daß er dem Mayer allen Schaden, und Interesse, und alle gerichtliche und ausser gerichtliche Kösten, die er im nachreisen, oder mit Gericht aufgewendt ersetzen müsse. 6.

Viertens ist die Frag, weilen unser Art. vor ausgelegter massen widerholter die Præscription oder die Ersitzung Nutz und Gewehr ausschliesset, ob diese Ausschliessung auch von der Præscription von unfürdencklichen Jahren zu verstehen seye? Und wir antworten mit nein, in Krafft der allgemeinen Regul, daß, wann alle Verjährung verbotten ist, niemahlen die Præscription von unfürdencklichen Jahren ausgeschlossen seye, weilen sie den Gewalt und Krafft eines Privilegii und constituti hat. L. hoc jure 3. §. ductus aquæ ff. de aqua quotid. Wann sie schon das Gesatz oder das Statutum überschreitet. L. competit. 6. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. cap. super. 26. §. 1. de V. S. Auth. ut de cætero. verbo. præscriptione. Cod. de præscript. Lese, was wir gesagt haben bey dem 3. Art. dieses Tituls. Und was die DD. lehren bey dem cap. nunc. §. si quis per 30. tit. si de feud. defunct. content. in usu feud. Wo wir diesen Absatz beygefügt haben, wann nicht augenscheinlich erhellet, daß anch bey einen unfürdencklicher Verjährung mala fides ein böser Wohn unterloffen seye; Dann solchen falls ist sie eben so ungültig, als ein jedwedere andere Verjährung. 7.

Wann doch fünfftens, einer ein Erb- oder Leib-Recht, oder veranleite Frey-Stifftung 8.

tung

tung durch ein vollständiges und rechtsbehöriges Instrument von einem, der der Herr nicht ist, erworben hat, so ist kein Zweifel, daß nicht in Behelff eines solchen Instruments, welches der gute Wohn bona fides begleitet, die Verjährung von 30. oder 40. Jahren, ja auch die ordinari Præscription von 10. oder 20. oder unsern Land-Recht nach von 5. oder 10. Jahren Platz habe. Diß wird klar erwiesen aus dem 3. Art. sowohl, als auch aus diesem 14. Art. Wo zweymahlen gesagt wird, daß die Præscription oder Ersitzung Nutz und Gewehr nicht Platz habe, wo nicht der Besitzer für sein Recht brieffliche Urkunden hat: wo er nicht Brieff und Sigl darum hat. Ist also im Gegenspihl die Folg, wann er Brieff und Sigl hat, so könne er Nutz und Gewehr ersitzen, welches ja von brieffichen Urkunden zu verstehen ist, welche er hat von deme, der der Herr nicht ist, dann, wann man setzen will, er habe die Brieff vom rechtmäßigen Herrn, so ist er der Præscription nicht bedürfftig, weilen der Herr durch seine rechtmäßige Verleihung und beschehne Uberantwortung von selbsten das utile dominium übergibt; und also seynd diese beyde Art zu verstehen, da sie alle Ersitzung Nutz und Gewehr verbietten.

9. Sechstens aber wird weiters gefragt, weilen wir bißhero öffters gesagt haben, daß alle Verleihung, und würckliche Uberlassung eines Erb- oder Leib-Rechts, oder veranleiten Frey-Stiffts Gerechtigkeit unnützlich und unkräfftig, und bey uns in unserem Vatterland der Brauch seye, daß allzeit über dergleichen Contract zweyfache Brieff errichtet werden, nehmlich vom Vogt-Herrn, und vom Grund-Herrn, absonderlich, wann der Herr einer Jurisdiction unfähig ist, wie die mehrere Prälaten, Abbtißinnen, Collegiat-Stüffter, und andere geistliche Persohnen, und Burgers-Leuth, und auch vile adeliche seynd, welche ohne Hoff-Marchs Gerechtigkeit besondere Güther besitzen, worüber gar kein Jurisdiction haben, wann sie schon das Recht haben ihren Sack-Unterthanen die Stüfft-Brieff zu ertheilen. Ob sowohl der Vogt- als Grund-Herr mit einander die Brieff errichten müssen, oder welcher von beyden errichteter Stritt-Brieff gültig seye? Hierauf antwortet D. Christoph Klingensperg Professor zu Ingolstadt in suis thesibus. De jure emphyt. cap. 2. assert. 22. daß über diese Frag unter einem Vogt-Herrn und Grund-Herrn ein Stritt alle Churfürstliche Instanz durchloffen, endlich den 13. Novembr. Anno 1683 mit einem vilerleyen Unterschid, welchen er weitläuffig allda auslegt, ein Revisions-Rath ausgemacht worden seye. Aber mit Erlaubnuß eines so hochgelehrten, und uns liebwertisten Manns sagen wir, daß diese Frag, welche wir hier vorbringen, und D. Klingensperg mit gleichen Worten am citirten Ort vorgebracht hat, zur selben Zeit niemahlen im Stritt gewesen seye, welches wir handgreifflich dergestalten an Tag legen. Dann vor allem ist nur gar zu gewiß, daß ein jeder Grund-Herr entweders unter eignen Insigl, und Unterschrifft, wann er ein siglmäßige Persohn ist, oder eines andern Sigl und Unterschrifft mit Zuziehung der Zeugen seinem Unterthanen oder Mayer einen Stifft-Brieff litteras investituræ ertheilen könne, in jedwederem Fall, er mag erst anfanglich ein Guth zu Erb-Recht verleihen, oder daß ihme zuruckgefallene wieder vergeben, oder seinen Consens ertheilen, daß das Erb-Recht einem dritten könne verkaufft werden, welches im gantzen Land keinem Eigenthums-Herrn, wann er schon kein Jurisdiction hat, verbotten ist. Und diese Brieff, du magst sie Investitur- Fundations- oder Concessions oder die gewöhnliche Stifft-Brieff nennen (weilen öffters besagtermassen all unsere Bauern-Recht eine Gestalt eines Erb- oder Leib-Rechts haben, ausser der Vermuthung) pflegen ohne Wiederred männiglichs die Eigenthums-Herrn auszustellen.

Dahero dann sagen wir auf diese Frag, was für Brieff zur Substanz eines jedwederen Erb- Leib Rechten, oder Herrn-Gunsts Contracts nothwendig seyen? Es seye mit Fundament zu antworten, daß des Vogts-Herrn-Brieff nicht nöthig seyen. Dann gleichwie in jenem Casu, da die Partheyen bedungen haben, daß zum Exempel der Kauff und Verkauff nicht gelten solle, wann nicht darüber Brieff errichtet worden, aus Abmangel der Brieffen der gantze Contract nichtig ist, also auch, weilen das Gesatz zur Substanz der Erb- und Leib-Gerechtigkeiten die Errichtung der Briefffschafften erfordert, der Contract nichtig, wan die Brief abgehen. Daß aber die Brieff bey dem Vogt-Herrn errichtet, und von ihme besiglet werden sollen, dieses ist weder in L. Zenonis, noch in unsern Land-Rechten verordneter zu finden. Wir haben zwar in lib. 1. tit. 3. art. 5. eine allgemeine Verordnung, daß über alle Contract Brieff errichtet werden sollen, von ordentlicher Obrigkeit. Diß aber ist allein von gemeinen Leuthen, und nicht von Prälaten, und andern geistlichen Persohnen, noch von Edel-Leuthen, oder andern so siglmäßig seynd, zu verstehen; ja das Gesatz nimmt allgemein aus jene Brieff, welche der Siglung der Eigenthums Herrn unterworffen seynd. Dahero nicht recht aus diesem Art. behauptet werden kan, daß die vogteyliche Brieff-Errichtung über Erb- oder Leib-Gerechtigkeiten so neuerlich bedungen, oder wiederholt werden, erfordert werde. Dann eine neue Verleihung, oder der vordern Wiederholung ist ein Erb- oder Leib-Rechts Contract, der im blossen einwilligen bestehet, wie D. Klin-

D. Klingensperg selbsten dict. cap. 2. Assert. 14 erkennet, und die Contrahenten verbindet; Wann also zu solchem Contract die Authoritæt des Richters nicht nöthig ist, so ist auch seine Verbrieffung nicht nöthig, wann man setzet, daß der Eigenthums-Herr Sigel-mässig seye.

11. Die Frag, welche in dem von D. Klingensperg allegirten Casu zwischen einem Prälaten, und ordentlichen Richter des Orths in Stritt gewesen, hat nicht anbetroffen die Substanz und Gültigkeit eines Leib- oder Erb-Rechten Contracts, weilen solche offenbahr ware, sonder allein dises ist in Zweiffel gezogen worden, weilen der Mayer sein Erb-Recht einem anderen verhypotheciren oder verpfänden wollen, ob die Errichtung der Brieff über solche Hypothec dem Prälaten als Eigenthums-Herren allein, oder auch dem ordentlichen des Orths Richter zustehe? Und ist gantz recht gesprochen worden, daß der jedwedere, sowohl der ordentliche Richter, als auch der Eigenthums-Herr zu Errichtung der Pfand-Brieff Hand anlegen, oder, wann der Prälat will, zugleich mit des Orths Richter besondere Brieff geben könne, welche die Willen- oder Consens-Brieff genennet werden, aus Ursach, weilen der Contract über ein Erb- oder Leib-Recht meistens dem Anlehens-Contract oder anderen Contracten nahe beytritt, und also vermischt ist, dises aber ist im Revisions-Rath für gewiß und unzweiffelhafftig gehalten worden, über Erb- und Leib-Rechte Güther, und daraus entspringenden Schuldigkeiten allein der Eigenthums-Herr, über andere Personal-Schuldigkeiten aber allein die ordentliche Obrigkeit, bey vermischten hingegen beyde miteinander die Brieff errichten können. Welch gerechtiste Entscheidung Anno 1690. den 27. Junii in einem Casu, so in einer Personal-Schuldigkeit bestanden, für den Hof-Marcks-Herrn widerholet worden, welch alles aber sich auf unsern gesetzten Casum, der gantz anderst ist, nicht schickt.

12. Aus bißhero erzehlten ergeben sich drey Puncten. Der erste ist, daß wann du setzest, daß von einem Prälaten, oder anderen Eigenthums-Herren, der Sigelmässig ist, ein Bauern-Hof entweder gantz von neuem zu einem Erb- oder Leib-Recht oder Herren-Gunst, oder ein solcher, der ihm heimgefallen, wieder verlihen werde, der Vogt-Herr zu Errichtung der Brieff kein Recht habe, weilen dißfalls allein über ein Grund-Recht, daß ist, vom Erb- Leib- oder, Herr-Gunst-Recht gehandlet wird, welche Verleyhung von des Prälaten, oder anderen Eigenthums-Herrns blossen Einwilligung abhanget, welche, weilen sie ihre Contract zu errichten und zu besiglen das Recht haben, so erfüllet derselben Verbrieffung jenes, was sowohl in L. Zenonis, als in unsern Land-Rechten, daß die Erb-Leib- und Herren-Gunst Recht nicht anderst als mit Brieff erwisen werden können, verordnet ist. Ein anderes ist, wann ein gemeine Person einem Mayer sein Hof-Guth entweders gantz neuerlich zu Erb-Recht, oder das ihme heimgefallene wieder zum Erb-Recht verlassen will. Dann solchen falls, weilen zur Substanz des Erb-Rechten Contracts die Errichtung der Brieffschafften erfordert wird, welche ein solcher Eigenthums-Herr nicht verfertigen kan, so muß man deßwegen einen andern Weeg suchen, und solche hat vor alten ein Notarius mit Zeugen, oder andere Sigel-mässige Personen errichten können, heut zu Tag aber ist dises in Art. 5. Tit. 3. Lib. 1. der Lands- und Pollicey-Ordnung, verändert, und verordnet worden, daß bey allen Contracten, worüber die gemeine Leuth Brieff nöthig haben, solche bey ihrer ordentlichen Obrigkeit erheben müssen, wie wir anderstwo genugsam ausgelegt haben.

13. Wann du aber setzest, daß ein Erb-Rechtes Guth des Grund-Herrn verkaufft, oder sonsten auf eine andere Person veräussert, und über solchen Contract von der Obrigkeit allein die Brieff errichtet worden seyen, fürwahr ein solches Instrument thut den Erb-Rechts-Contract, der zwischen dem Grund-Herrn und dem Mayer abgehandlet wird, auf keine Weiß probiren, sondern allein beweisen, daß ein Verkauff oder Veräusserung zwischen zwey Mayern geschehen seye, welche Prob zu Beweisung des Erb-Rechts nicht genug ist. Muß also des Grund-Herrn Stifft- oder Willen-Brieff darbey seyn, oder wann er nicht darbey ist, so nutzen dem neuen Mayer die Kauff- oder andere Contracts-Brieff, sie mögen enthalten was sie wollen, nichts. Gleichwie zum Gegenspihl drittens, wann der Verkauff, oder ein anderer Contract über ein Leibfälliges Guth mit des Grund-Herrn Wissen und Willen, ohne Vorwissen der Obrigkeit, unter dessen Jurisdiction das Guth gelegen ist, beschlossen, und dem neuen Mayer die Stifft-Brieff vom Eigenthums-Herren übergeben worden, der Erb- oder Leib-Rechts-Contract giltig ist, wann schon über den Verkauff, oder anderen Contract lediglich kein Brieff von der ordentlichen Obrigkeit errichtet worden. Es geschehete dahero gar wohl, wie die Eigenthums-Herren mit der Obrigkeit in dergleichen vermischten Geschäfften also freundlich übereins kommeten, damit sowohl wei-

wegen der Veräusserung, welche unter zwey Mayern geschicht, als auch wegen Verlassung des Erb- oder Leib-Rechts, welche den Grund-Herrn und den Mayr betrifft, nur ein Brieff errichtet wurde.

14. In disem aber fehlen die mehriste Grund-Herren und absonderlich die Prälaten, da sie bey dergleichen vermischten Geschäfften die ordentliche Obrigkeit lediglich ausschliessen, und ihnen auch das Siglungs-Recht über den blossen Personal-Kauffs-Contract zuschantzen wollen, wo ihnen doch hierinfalls das Recht widerstrebet, wie wir weitläuffig in Semicent. nostra 2. controv. 47. per totum ausgeführet haben. Dann wann sie den Kauffs- oder eines andern Veräusserungs-Contract dissimulirten, und denen Mayern allein die Stifft-Brieff ertheilten, wurde vilen Strittigkeiten vorgebogen. Dann zum Kauffs-Contract, wie wir weitläuffig bey dem 5. Tit. der Land-Recht, vom Kauffen und Verkauffen, und anderen Contracten, so in blossen Einwilligen bestehen, ist die Errichtung der Brieff nicht nöthig. Wann also zwey Mayer einander ohne Obrigkeitliche Brieff über einen Kauff- oder anderen Contract trauen, so ist nicht zu zweifflen daß nicht die blosse Stifft-Brieff, so vom Grund-Herrn dem neuen Mayer gegeben worden, den gantzen Act giltig machen. Es hintert auch nichts der cit. 5. Art. der Lands- und Policey-Ordnung, weilen, wie wir anderstwo denselben ausgelegt haben, alldort denen gemeinen Leuthen nicht aufgetragen wird, bey allen Personal-Contracten, so in blossen Einwilligen bestehen, Brieff aufzurichten, wann sie aber freywillig solche aufrichten wollen, so wird ihnen aufgetragen, daß sie solche bey ordentlicher Obrigkeit aufrichten lassen sollen. Obwohlen wir bekennen, daß jetzt fast überall die Gewohnheit obwalte, daß fast über alle Contract, absonderlich welche über ligende Güther geschlossen werden, bey ordentlicher Obrigkeit offene Instrumenta errichtet werden, nicht aber zu dem Ende, daß sie zur Substanz des Contracts, sondern nur zu dessen Prob seyn solle, wie doch die Brieff über Erb- und Leib-Rechte Güther, so zwischen dem Grund-Herrn und dem Mayer errichtet werden, zur Substanz und Weesenheit nothwendig seynd.

Der fünffzehende Articul.

Da einer ein Erb-Recht, Leib-Geding, oder ein andere Gerechtigkeit auf einem Guth hat, dem mag der Herr solches zu verkauffen oder zu verändern nicht wehren, doch daß er ihne zuvor darum begrüß, und ihme einen tauglichen Mayer stelle. Verkaufft er aber sein Gerechtigkeit ohne Vorwissen seines Herrns, oder ein mehrers, dann sein Gerechtigkeit ist, oder das Guth, theils- oder gantz, für sein eigen, oder verlast, oder versetzt es, ohne seines Herrn Bewilligung, und übergibts dem andern mit würcklicher Einantwortung, aus seiner in desselben Hand, wofern er dann von dem Herrn solches Guths, dessen rechtlich überwunden wird, so mag der Herr das Guth so vil dessen der Mayer aus seinen Handen gelassen, mit dem Rechten einziehen, und soll der Mayer dem Gericht in die Straff gefallen seyn, auch noch darzu sein Recht, das er beym veränderten oder verkummereten Guth gehabt, oder da er nur einen Herren-Gunst hätte, seinen persöhnlichen Spruch zum Geld, nach Proportion des veränderten Guths oder Stucks, es seye Acker, Wisen, Holtz, oder wie es Namen haben mag, nachdem angedeute Handlungen fürgangen, gegen dem Herrn verlohren haben, auch die beschehene Veränderung oder Versetzung allerdings ungültig und unkräfftig seyn. Es soll auch kein Mayer die Frücht des Guths einem andern verlassen, es wäre dann, daß einer das Guth mit eignen Rucken nicht besitzen kunte, so mag ers wohl einem andern blosser Frey-Stiffts-Weiß verstifften, doch ist hinfüran kein Grund-Herr schuldig, in solchen Verkauff oder Ubergab zu willigen, wo der Käuffer oder dem übergeben wurde, das Guth mit eigenen Rucken nicht besitzen, sondern widerum verlassen, und ein Ubergilt darauf schlagen wolt. Wurde aber ein Grund-Herr solches bewilli-

willigen, alsdann mag der, welchem die Gerechtigkeit beym Guth also verkaufft und übergeben würdet, wohl ein Ubergilt von deme, den er an seine Statt auf das Guth setzet, bedingen und nehmen.

Summaria.

1. Ob der Mayer seine Gerechtigkeit ohne *Consens* des Grund-Herrn veräusseren könne?
2. Ob dises von der werckthätigen Veräusser- oder Verkauffung zu verstehen?
3. Ob zur Verwürckung solchen Rechts auch die werckthätige Aus- und Einantwortung erfordert werde?
4. Ob die Ausantwortung, so durch die *Clausul Constituti* geschicht, genug seye?
5. Was Rechtens, wann einer protestirt, daß er allein die Veräusserung mit Vorbehalt des gründlichen Rechts habe fürgehen lassen? Ob er hiedurch die Verwürckung verhiette?
6. Ob die Vertauschung eines Erb-Rechten Guths ohne Vorwissen des Herrn erlaubt seye?
7. Ob der *Consens* des Grund-Herrn zu einer jedwederen Veräusserung, auch zur Schanckung unter Lebendigen, und von Todts-wegen erfordert werde?
8. Was Rechtens wann der Mayer mehr Recht, als er vom Grund-Herrn hat, verkaufft, ob er sein Recht verwürcke?
9. Was Rechtens, wann er sein Erb-Recht für Eigenthum verkauffet?
10. Ob auch ohne Vorwissen des Herrn das Erb-Recht wider zu verleuhen unter Straff der Verwürckung verbotten seye?
11. Warum ein Lehen-Guth wieder zum Unterlehen könne gegeben werden, und nicht ein Erb-Recht zum unteren Erb-Recht?
12. Ob auch die Verpfändung des Erb- oder Leib-Rechten Guths ohne des Herrn *Consens* unter Straff der Verwürckung verbotten seye?
13. Ob erfordert werde, daß die Hypothec oder das Pfand würcklich seye eingehändigt worden?
14. Was Rechtens, wann ein General-Hypothec über ein Erb-Rechtes Guth verschriben worden, ob dadurch das Erb-Recht verwürcket werde?
15. Ob auch die Erb- oder Leib-Rechte Güther unterworffen seyen, einer vom Gesatz aufgerichten oder gegebenen Hypothec?
16. Ob die Verpfändung oder Hypothec, so ohne des Herrn *Consens* geschehen ist, nichtig seye? also daß ein solcher Glaubiger allein unter die Gemein-Glaubiger gesetzt werde?
17. Ob ein Mayer seinen Hoff einem anderen ohne Vorwissen und Willen des Herrn in Bestand überlassen könne?
18. Ob nicht aus rechtmässiger Ursach dem Mayer erlaubet seye, einem andern die Bemayerung des Guths zu überlassen, wann er solches mit eigenen Rucken nicht besitzen kan?
19. Welches die rechtmässige Ursachen seyen, welche den Mayer entschuldigen, das Guth selbsten zu besitzen?
20. Ob dem Mayer verbotten seye, seine Gerechtigkeit einem andern in Bestand zu geben, wann solches Gewinns halber geschicht?
21. Ob nicht die Früchten von Jahr zu Jahr in Bestand gegeben werden können?
22. Oder auf 10. Jahr?
23. Was zu thun, wann der Mayer aus billiger Ursach das Hof-Guth selbst nicht besitzen noch bemayeren kan, ob ihm erlaubt seye, das Guth auf 3. Jahr in Bestand zu verleyhen?
24. Ob nicht die Früchten in Bestand auf 10. Jahr verlihen werden können, mit der Bedingnuß, daß so vil Jahr, so vil Bestând seyn sollen?
25. Ob gleichwie die Bestands Verlassung, also auch die Verkauffung der Früchten über 3 Jahr ungültig seye?
26. Was ein Drittel-Lehen-Gerechtigkeit seye, und ob erlaubt seye, dises Recht einem andern auf 9. Jahr in Bestand zu geben?
27. Wann einer ein veranleite Frey-Stifft ohne des Herrn *Consens* veräussert, ob er nicht die *Actionem Personalem* verliehre, welche er sonsten wegen der Verkauffungs-Sach zu Erhaltung des Kauff-Schillings hätte?
28. Wann ein Erb-Recht-Guth bey dem dritten zu Grund gehet, hat sowohl der Herr wegen seiner Herrlichkeit, so wegen der Veräusserung verwürckt worden, ein *Personal-Action* um den Kauff-Schilling zu erhalten?

Wir können nicht allzeit bey jedwederen Articul die Ursach der Ordnung, wie sie aufeinander gehen, beybringen, weilen solches von deren, so sie verfasten, Willkuhr abhangete, und Rechts-Gelehrte gefunden werden, welche auch gantze Bücher wie die Digesta besser ausgetheilet werden sollen, geschriben haben. Uns kommet doch vor, es seye in vorhergehenden Articuln dises Tituls gehandlet worden, wie die Erb- und Leib-Rechts-Contract-Guth zu schliessen, und zu bestättigen seyen, in nachfolgenden Articuln aber gehandelt werde, wie dise Contract aufgelöst, und umgestossen werden, oder von denen Ursachen, wegen welchen solche Gerechtigkeiten zernichtet oder verwürcket worden. Wir haben unserm Brauch nach den Innhalt Ordnungs-mässig ausgelegt.

Es setzet also gegenwärtiger Art. für 1.
die erste Regul, daß kein Mayer sein Erb- oder Leib-Recht, oder veranleitte Frey-Stifft, oder anderes Recht, so er in einem Bauren-Guth hat, ohne des Grund-Herrn Consens verkauffen, veräussern, oder vertauschen könne. Dise Regul haben wir schon oben bey dem 8. Art. dises Tituls, und von Bursch-Lehen in Art. 4. des 11. Tit. gehabt; Was die Verkauffung betrifft, obwohlen die Rechts-Gelehrte gezweiffelt haben, ob zur Zeit des Zenonis auch im Verkauffs-Contract der Consens des Grund-Herrns nöthig gewesen seye, weilen Justinianus in L. 3. gloriret, daß er dises erfunden habe, so

so ist doch kein Zweiffel, daß nicht nach jetzigen Recht aus besagter des Justiniani Verordnung der Mayer weder sein Erb- oder Leib-Recht, oder andere Gerechtigkeit, noch die Besserungen verkauffen, und einem andern einraumen könne, ohne Consens des Grund-Herrns. Dict. l. 3. in princ. vers. sin antem. Cod. de jure emphyt. Also daß, wann er anderst gethan hat, die Verwürckung einlaufft, und nicht allein sein Recht, so er hat, verliehret, sondern noch über das vom Richter auch bestraffet werden muß, wegen obgesetzter Regul seynd etliche Stuck zu mercken.

2. Das erste ist, daß sowohl das Gesatz des Justiniani, als auch unser Art. von werckthätiger Verkauffung rede, in den Worten: Verkaufft er aber sein Guth ohne Vorwissen seines Herrns: Woraus erfolget, daß der Mayer sowohl das Erb- oder Leib- oder anderes habendes Recht, als auch die Besserungen könne feil biethen, und mit denen Käuffern handlen, welches entnommen wird ex dict. l. 3. §. sed nec in verbis. disponimus, attestationem domino transmitti, & prædicere, quantum pretium ab alio revera accipi possit. Dann wann der Mayer den Eigenthums-Herren anzeigen muß, was für ein Kauff-Schilling ihme von anderen anerbotten werde, so ist Handgreifflich, daß ihme das Feilbiethen nicht verbotten seye, weilen ohne Feilbiettung, und gleichsame Verkauffs-Handlung, man vom Kauff-Schilling nichts wissen kan.

3. Das zweyte ist, obwohlen dem gemeinen Recht nach ein Stritt ist, ob der Mayer alsdann sich seines Rechts verlurstiget mache, wann er den Verkauff vollbracht hat, ehe er vom Grund-Herrn den Consens erhalten, Gyphan. ad. l. 3. quæst. 1. Cod. de jure emphyt. haltet darfür, er verliehre sein Recht, aus Ursach, weilen er durch seine eigensinnige unerlaubte Verkauffung schon gefehlet hat, ehe der Verkauff durch die Einantwortung vollbracht hat, weilen der Verkauff ein Contract ist, der in blossen Einwilligen bestehet. Das Gegenspihl aber behauptet Adam. Struv. in Syntagm. juris feud. cap. 13. Aphoris. 9. n. 4. cum aliis ibidem citatis. Aus Ursach, weilen in straffbahren Sachen die genaueste Auslegung zu nemmen, und der Verkauff anderster nicht zu verstehen ist, ausser mit der Würckung, daß selber nemlich mittelst der Einantwortung vollständig vollbracht worden seye: So hat dise Sach in unsern Bayrischen Land-Recht sein gewisses, wo in unsern Art. zur Verwürckungs-Straff zwey Stuck mit und nebeneinander erfordert werden, nemlich: Daß er ein Gerechtigkeit, oder Guth ohne Vorwissen seines Herrns verkaufft, und 2. dem anderen mit würcklicher Einantwortung aus seiner in desselben Hand übergeb: Wo handgreifflich neben dem werckthätig vollbrachten Kauff, auch die würckliche Einantwortung mit ausdrucksamen Worten erfordert wird, welches daß auch bey Lehen Platz habe, insgemein die Feudisten lehren, und wir in unserer Exegesi feudali vollständig ausführen werde. Unterdessen lese den Schrad. parte 9. de feudis cap. 1.

4. Also daß, welches drittens zu notiren ist, zur Verwürckung oder Caducitæt nicht genug ist, wann der Mayer die Einantwortung durch die Clausul Constituti gethan hat, vermeldend: Ich verkauff dir mein Erb- oder Leib-Recht-Guth, oder Herren-Gunst um 1000. Gulden, und pactire ausdrucklich, daß ich von jetzt an in deinem Nahmen selbes besitze; Weilen unser Art. eine wahrhaffte werckthätige und nicht erdichtete Einantwortung erfordert, die Wort seynd klar genug: Und übergibts dem andern mit würcklicher Einantwortung aus seiner in desselben Hand. Wie gar wohl beobachtet D. Rath. loc. sæpiùs cit. n. 105. Und aus ihme D. Klingensperg. de tract. emphyt. cap. 8. assert. 81. n. 2. Dann es können so klare Wort des Art. auf die erdichte Einantwortung, so durch den Titul Constituti Possessorii geschicht, nicht mit Gewalt gezogen werden, weilen dise zwey Wort: Mit würcklicher Einantwortung und zwar andertens: Aus seiner in desselben Hand, das Constitutum Possessorium Handgreifflich ausschliessen; weilen sie verursachen daß die Sach in Handen des vorigen Besitzers verbleibe, wann sie schon die Ursach des Besitz per constitutum änderen. Und dises hat absonderlichen Platz und daß ohne männigliche Widerred dises passiert sagt Schrad. dict. cap. 9. part. 1. n. 38. Wann die Clausul beygeruckt wird Salvo jure Domini, das ist, ohne des Grund-Herrn Præjudiz: Zumahlen dise Clausul erkläret, daß des veräusserenden Mayers Meynung dise seye, daß er dem Grund-Herrn durch das bedungene Constitutum Possessorium nicht schaden wollen.

5. Ein anderes ist vierdtens, wann der Mayer sein Recht einem andern ohne Vorwissen und Willen des Herrn verkaufft, und zur werckthätigen Einantwortung von Hand zur Hand ohne des Herrn Willen und Vorwissen schreitet, dann solchen falls, wann er schon hundertmahl protestirt, daß er dises ohne dem Herrn ein Præjudiz zuzufügen thue, vermeydet er die Caducitæt nicht, weilen solche Protestation dem Handel und That zuwider ist, sie mag mit Worten, Clausuln, oder Farben begabt seyn, wie sie wolle,

wie

wie gantz recht darfür haltet, D. Rath. loc. cit. assert. 105. sub Lit. E. Es mag zum Gegenspihl sagen D. Klingensperg, was er will, weilen mir der Lehr-Meister über den Lehr-Jünger ist, dann wann man die Meynung setzen will, daß die blosse Vorbehaltung des Herrns Gerechtsame den Mayer von der Caducitæt enthebe, so ist unsers Art. Regul sehr ungeschickt, welche bey einer jedwederen Veräusserung des Erb- oder dergleichen Rechts das Vorwissen und Consens des Herrn aus zweyfacher Ursach erfordert; erstlich wegen der Ehrbietigkeit welche dem Herrn gebühret, damit dergleichen grobe und Halsstärrige Leuth nicht meynen sollen, sie seyen berechtiget, über frembdes Guth, wie über das eigene handlen und wandlen zu können, und hernach wegen des Herrn Præjudiz, weilen ihme daran gelegen, daß er vor wisse welchergestalten der Verkauff geschehen seye, damit ihme an seinem Recht nichts nachtheiliges widerfahre, dann warum solle in L. Justinianea 3. in dict. §. sed nec. Cod. de jure emphyt. so sorgfältig geordnet seyn, daß dem Herrn ein Attestation überbracht und vorgesagt werden solle, was für ein Kauff-Schilling vom anderen zu erhalten seye? Und warum solle der Text. in L. Justinianea 3. in dict. §. sed nec Cod. de jure Emphyt. so sorgfältig verordnet haben, daß dem Herrn ein Attestation solle überbracht, und ihme vor angezeigt werden solle, was eigentlich für ein Kauff-Schilling von dem andern könne erlöst werden? Und warumen thut unser Art. den vorhergehenden Consens und das Vorwissen des Grund-Herrns so genau erforderen, vor der Kauff gültig gehalten wird, wann in des Mayers blossen Willkuhr stehet, daß er mit drey dem Contract beygesetzten Worten: **Mit Vorbehaltung des Herren Recht und Gerechtigkeiten**: Sowohl den Herrn selbsten, als auch des Gesatz Sorgfältigkeit hintergehen könte? Es hintert auch nichts wann du sagest, daß dise Wort für eine Condition zu halten seyen, weilen zu antworten ist, daß solche Condition nichtig seye, wie der Verkauff selbsten. Dann wann der Text. in L. Justinianea 3. Und unser Bayrisches Statutum in unsern gegenwärtigen Art. erachtet hätten, daß die Wort: Unter Vorbehaltung des Herren Recht und Gerechtigkeiten, genug seyen, so wäre nicht nöthig gewesen, daß man so genau eine Attestation über den geschlossenen Contract, eine Anzeig des Kauff-Schillings, der getroffenen Bedingnussen, und eine Approbation erfordere, sondern wäre genug gewesen, die Verordnung zu machen, daß der Mayer den Verkauff mit Vorbehalt des Herren Recht und Gerechtigkeiten einrichten solle. Welches doch nirgends geschehen, zur Handgreifflichen Zeugnuß, daß zu Erhaltung des Respects gegen den Herrn, und Abwendung desselben Schaden und Præjudiz, der vorläuffige Consens höchst nöthig seye. Und dises wird in Lehen-Sachen bey 30. Jahren hero, da ich Lehen-Probst und Richter ware, täglich practiciret, wie wir seiner Zeit in unserer Exegesi feudali mit mehreren darthun werden.

Was aber fünfftens von der Vertauschung zu sagen seye, ob auch bey derselben des Herrn vorläuffiger Consens erfordert werde? ist eine schwäre Frag: Ant. Perez ad hunc tit. de jure emphyt. n. 9. Vers. potest. widerspricht, daß des Herrn Consens nöthig seye. Und scheinet, es seye unter dem Verkauffs- und Tauschs-Contract ein grosser Unterschid; Dann deswegen wird des Herrn Consens zum Verkauff erfordert, weilen ihme frey stehet, wann er will, das Erb-Recht-Guth um jenes Geld, welches der andere darumen schlagt, an sich zu ziehen, und dahero hat der Justinianus in l. 3. vers. sed nec. ein so grosse Vorsorg getragen, daß dem Herrn ein Attestation beygebracht werden solle, worinn enthalten, wie vil Geld zu erlösen seye, welch alles bey dem Tausch-Contract nicht nöthig ist; Dann obwohlen der Herr den Kauff-Schilling erlegen kan, welchen ein anderer geschlagen hat, so kan er doch eben selbe Sach nicht geben, welche in Tausch kommt. Und dahero, weilen dem Mayer nichts daran gelegen ist, ob er vom Herren oder einem Frembdem das Geld empfange, so ist billig der Consens des Herrns nöthig, ehe der Mayer sein Erb-Gerechtigkeit einem andern verkaufft, und würcklich von sich gibt, bey der Vertauschung aber, weilen der Herr die Sach, so im Tausch kommt, nicht geben kan, so scheinet es, der Mayer habe des Herrn Consens nicht vonnöthen. Wann du sagest, der Herr könne für die angetauschte Sach das Geld bezahlen: So antworten wir, der Mayer seye das Geld für die Sach anzunehmen nicht schuldig, absonderlich, weilen er villeicht zu der angetauschten Sach eine Zuneigung hat, welche nicht zu schätzen ist. Hernach redet l. 3. in vers. sed nec. haubtsächlich allein vom Verkauff, welches scheinet ein Zeichen zu seyn, daß bey anderen Contracten und Veräusserungen des Herren-Consens nicht so genau erforderet werde, wie oben citirter Perez. dict. n. 9. ausdrucklich behaubtet, daß weder zur Schanckung unter Lebendigen, oder zur Schanckung von Todts wegen, obwohlen beyde wahrhaffte Veräusserungen seynd, des Herren-Consens erfordert werde, weilen er einen solchen, deme die Schanckung geschehen, tauglichen 6.

Mann nicht verwerffen, noch des Mayers Schanckung umstossen kan, weilen der Mayer einem anderen lieber als dem Herrn hat ein Wohlgefallen thun wollen, welches Perez auch dahin erweitert, daß der Mayer sein Erb-Gerechtigkeit auch einem anderen durch ein Legat vermachnen, oder durch Erb-Einsetzung zuschantzen könne.

7. Dessen doch unerachtet sagen wir unsern Land-Rechten nach gar gewiß zu seyn, daß nicht allein bey Verkauffung, sondern bey jedwederer anderer Veräusserung, so unter Lebendigen oder von Todts wegen geschicht, des Herrn Consens nöthig seye, welches ausdrucklich in disem und vorgehenden 8. Art. dargethan wird, welche nicht allein von der Verkauffung, sondern von Verkauffen, übergeben und anderen Veränderungen reden, wo das Wort übergeben zu mercken ist, welches einen letzten Willen anzeiget: Nicht zwar zu der Würckung, daß der Herr soll Gewalt haben, sich des Einstand-Rechts zu bedienen, weilen wir oben schon ausgelegt haben, daß das Einstand-Recht nicht ausser bey der Verkauffung Platz habe, sondern von darumen, damit wider Willen des Herrns ihme kein anderer und villeicht unanständiger Bauer aufgeburdet, sondern ihme der schuldige Respect und Ehr erhalten werde: Es kan auch dises dem Mayer nicht schwer fallen, weilen der um Consens-Ertheilung angesuchte Herr denselben nicht abschlagen kan, wann ihme ein anderer anständiger Mayer unter dem Titul, wie der immer ist, gestellet wird, wie die anfängliche Wort dises Art. lauten: Daß der Herr seinem Mayer das Guth zu verkauffen, oder verändern nicht währen mög, da er zuvor darum gegrüst, und ihm ein tauglicher Mayer gestellet wird. Es ist auch deswegen unter dem gemeinen und unsern Land-Recht kein Unterschid. Dann obwohlen l. 3. Cod. de jure emphyt. in vers. sed. nec allein von Verkauffung redet, so redet doch diser Text Anfänglich insgemein von jedwederer Veräusserung, also daß der Versicul sed nec. allein die Verkauffung berühret, das übrige aber, was in besagten Text von verbottener Veräusserung enthalten ist, sich auf alle Veräusserungen erstrecket, weilen bey jedwederer Veräusserung, um die Ehr, Respect, und Præjudiz des Herrn zu thun ist, wegen welch zweyfacher Ursach des Herrn Consens Erbittung nöthig ist, des Respects von darumen, damit nicht der abtrettende Mayer ihme einbilde, daß von ihme allein das Veräusserungs-Werck abhange; Des Præjudiz der Ursachen, damit der Nachfolger nicht glaube, daß die ihme veräusserte Sach frey eigen seye, und mit der Zeit dem Grund-Herrn das Grund-Recht gar ablaugne, wie gar wohl anerinnert Jul. Clarus. §. emphyteusis. quæst. 13. n. 5. & §. feudum. quæst. 31. n. 5.

Sechstens ist zu notiren, daß ein Mayer sein Recht verliehre, nicht allein, wann er ohne Vorwissen und Willen des Herrn seine Erb-Gerechtigkeit verkaufft, sondern auch, wann er ein mehrers verkaufft, als sein Gerechtigkeit ist. Zum Exempel ein Mayer hat nur auf eine gewisse Zeit, oder auf Leib-Lebenlang das Recht zum Guth, verkaufft doch dem andern solches für ein beständiges Erb-Recht: oder einer hat nur eine augenblickliche vom Herrn widerrufliche veranleite Frey-Stifft, thut aber solche für ein Erb-Recht, so beständig und unwiderruflich ist, verkauffen, fürwahr ein solcher boßhaffter Mayer verwürcket nicht anderst seine Gerechtigkeit, wann er schon des Herrn Consens ausgewürcket hat, als wann er solchen nicht begehret hat: Wann der Verkauff völlig geschlossen, und das Guth würcklich dem Käuffer eingeraumet worden ist, wie wir in vorhergehenden gesagt haben, weilen die Clausul und übergibts: bey allen allda begriffenen Puncten mit einverstanden wird. 8.

Noch schwerer verliehret sich der Mayer sibendens, daß sein Erb-Rechtes, Leib-Rechtes Guth, oder Herren-Gunst für frey eigen verkaufft, weilen er dem Herrn dadurch sein Recht völlig verkehren will. Ist also keiner Erbarmnuß, und Gnad würdig, daß er nicht wegen seiner Undanckbarkeit selbsten jenes leyde und erfahre, was er seinem Gutthäter zuzufügen gedacht hat; wann der Verkauff völlig geschlossen, und das Guth würcklich dem Käuffer eingeraumet worden ist. 9.

Achtens bestraffet unser Art. auch jenen mit der Caducitæt und Verlurst seines Rechts, der einem anderen sein Gerechtigkeit verlast. Welchergestalten diß Orths das Wort: Verlassen: zu verstehen seye, nemlich für einen blossen Bestand Location genannt, oder für eine weitere Erb-Rechts-Verlassung, wird nicht unbillig in Zweiffel gezogen; Und wir vermeynen das Wort Verlassen seye zu verstehen von einer weiteren Erb-Rechts Leib-Rechts oder Herren-Gunsts-Verlassung zu verstehen. Dann obwohlen dem gemeinen Recht nach klar genug und gewiß ist, daß ein Vasall das Lehen einem andern zu einem Unterlehen verleihen könne. Mynf. cent. 2. obs. 26. in princ. wenigstens wann er solches einem Soldaten, oder dergleichen Person auf solche Art zum Unterlehen verlassen hat, wie er dasselbe vom Herrn empfangen hat. Mynf. loc. cit. weilen jedoch die weitere Verleihung 10.

der

der Erb- und anderen Gerechtigkeiten ein warhaffte Veräusserung ist, so thut unser Art. solche nicht anderst, als eine andere Veräusserung bey Straff des Verlurst der Gerechtigkeit ausdrucklich verbietten. Eben auch jener Ursach, welche oben gemeldet worden, nemlich um des Herrn Respect zu erhalten, und ihne vor Schaden und Præjudiz zu schützen, damit nemlich der Affter-Mayer sich nicht einbilden möge, er habe sein Recht vom jenen, der ihme solches gegeben, wo er doch solches vom rechten Herrn herzukommen erkennen muß. Und gewiß, wann die blosse Verstifftung der Früchten vom Erb-Rechten Guth nicht anderst zugelassen wird, ausser in gewissen Schrancken und mit gewissen Bedingnussen, wie kurtz hernach folgen wird, so ergibet sich, daß sothane weitere Gerechtigkeits-Verleihung gäntzlich verbotten seye.

11. Du wirst sagen, daß ein Lehen, und die Erb-Gerechtigkeiten gemeiniglich ein gleiches Recht haben, wie zu lesen ist bey dem Everhard in loc. leg. verſ. à feudo ad emphyteusin. Wann also vom Vasallen ein Lehen ohne Vorwissen und Willen des Herrn zu einem Unterlehen verlihen werden kan ohne des Herrn Præjudiz, ohne daß sein Respect verletzt werde, warumen nicht auch unser Emphyteusis? Weilen das Lehen ein grössere Gutthat ist, als ein Emphyteusis, und grösseren Respect und Ehrerbietigkeit gegem dem Herrn erfordert, als ein jedwedere Verlassung einer Grund-Gerechtigkeit, deren die meiste um Geld geschehen, die Lehen aber umsonst ertheilet werden. Wir aber antworten, es seye ein anderes in unserem Art. wegen alter Gewohnheit des Vatterlands statuiret worden. Daß nemlich kein Mayer auf seine Gerechtigkeit einen andern setzen, und gleichsam sein Recht ohne des Herrn Willen demselben übergeben könne, welcher Verordnung billig nachzuleben ist, und obwohlen in Art. 9. Tit. 3. Lib. 1. der Land- und Pollicey-Ordnung gesagt wird, daß die Ritter- und Bursch-Lehen verstifftet, und zu einem Leib-Recht verglichen werden können, so setzet doch der Art. außdrucklich bey, daß solches aus alter Observanz eingeführet worden seye, als wann er gleichsam sagen wolte, daß solches weiters nicht zu erstrecken seye, wie besagter Art. der Landes- und Pollicey-Ordnung ausdrucklich verbiettet, daß die Ritter- und Bursch-Lehen in Emphyteusin nicht sollen gegeben werden. Weilen solches eine wahrhaffte und ewige Veräusserung ist. Wann also ein Lehen zum Erb-Recht nicht kan gegeben werden, warum sollen wir nicht auch sagen dörffen, daß auch ein Erb-Recht zu weitern untern Erb-Recht ein Mayer nicht geben könne? Uber dise Frag, und andere Fürwitzigkeiten zum Exempel, ob ein Lehen zum Erb-Recht auf gewisse Zeit in Emphytesin, oder zu einem Herren-Gunst könne verglichen werden, wie wir in unserer Exegesi ausführen, wann es GOttes Willen ist.

Neuntens verbiettet unser Art. bey Straff der Caducitæt die Verpfändung sowohl, wie eine wahre und würckliche Veräusserung, welches einem wunderlich vorkommen mag. Dann, weilen durch die Verpfändung dem Glaubiger das Dominium nicht eingeraumet wird, sondern dasselbe dem Mayer verbleibet, und dardurch dem Eigenthums-Herren kein Schaden und Præjudiz zugefüget wird, indeme der alte Besitzer des Guths verbleibet, der seine Schuldigkeiten zu entrichten schuldig ist, so ist nicht abzunehmen, warumen der Mayer wegen blosser Verpfändung und Hypothecs-Verschreibung sein Recht verliehren solle, welches er nicht veräussert, noch zu veräussern gedacht. Dann wann dem gemeinen Recht nach die Erbs-Gerechtigkeit zu verpfänden nicht verbotten ist, wie ausdruckliche Text seynd in L. lex vectigalis 31. ff. de pign. L. 16. §. 2. ff. de pignorat. Act. und wir außgeführet haben in Semicent. nostra 1. controv. 32. (welches hier für einen Unterschid unter dem gemeinen und unseren Land-Recht kan angemercket werden) so erhellet sehr hart zu seyn, daß neben der Zernichtung und Verpfändung der Mayer auch mit Verlurst seines Rechts bestrafft werden solle, welches er nicht veräussert hat. Wir bekennen zwar, daß dises wahr und wider das gemeine Recht seye, dann von darumen hat der Text. in L. 3. die Veräusserung der Erbs-Gerechtigkeit ohne Consens des Herrn bey Straff der Caducitæt verbotten, damit dem Herrn wider seinen Respect ein unanständiger Mayer nicht aufgebürdet werde, welches sich bey der Verpfändung nicht ergibt, weilen da der Mayer nicht zahlt, der Glaubiger, da er das Unterpfand an sich ziehen wird, eben jenes dem Herrn præstiren muß, was der Mayer zu præstiren gehalten gewesen, der sein Recht ohne des Herrn Consens verpfändet hat. Weilen aber unser Gesatz also geschriben stehet, so muß man es halten, obwohlen es hart ist, und ist dißfalls ein neuer Unterschid unter unseren Land-Recht, und dem gemeinen Recht anzumercken. 12. Diff.

Obsonderlich doch ist hier wieder zu mercken, daß die Verpfändung und Hypotheces-Verschreibung alsdann erst die Caducitæt oder Verlurst des Erb-Recht noch sich ziehe, wann zugleich das Unterpfand 13.

oder

oder Hypothec in die Händ des Glaubigers übergeben worden, lese, was wir über den 15. und 16. Tit der Land-Recht von Pfandten geschriben haben, wo wir gesagt haben, es seye unter dem Unterpfand und Hypothec der Unterschid nicht, daß das Unterpfand allein in beweglichen Sachen, die Hypothec aber in unbeweglichen Sachen bedungen werde, sondern ein anderer und zwar diser Unterschid seye, daß die Sach, welche dem Glaubiger zur Sicherheit würcklich übergeben wird, ein Pfand, eine Sach aber, welche in Handen und Gewalt des Schuldners bleibet, ein Hypothec genannt werde, es mag die Sach hernach beweglich oder unbeweglich seyn, in disem Verstand nun sagen wir, daß alsdann der Mayer, der sein Recht verpfändet, der Caducitæt sich unterwerffe, wann die Sach würcklich dem Glaubiger übergeben worden. Die Ursach ist, weilen der Art. wie wir im vorhergehenden zweymahlen erinnert haben, um die Caducitæt zu verwürcken neben dem Verpfändungs-Contract, auch aus würcklicher Außhändigung des Unterpfands erfordert. Wann also die Verpfändung und Hypothecs-Verschreibung in blossen Contract bestehet, wo das Unterpfand und Hypothec in Handen des Schuldners verbleibet, da wird die Caducitæt nicht verwürcket, gleichwie durch einen Kauff und Verkauff die Caducitæt nicht verwürcket wird, so lang und vil die Sach nicht außgehändiget wird, mit einem Wort: Die Verwürckung der Caducitæt wird allein durch die werckthätige Aushändigung des Pfandes, und nicht durch den blossen Contract bewerchstelliget. Und gar wohl beobachtet D. Klingensperg. loc. cit. Assert. 79.

14. Was ist aber Rechtens, wann der Mayer einem ein General-Hypothec verschreibt, und alle seine Güther verpfändet? Und wir sagen, es seye für sich selbsten klar, daß er noch weniger die Caducität verwircke. Weilen bey einer General-Hypothec des Schuldners Sachen dem Glaubiger nicht zu handen übergeben werden, und sonsten eine Rechts-Regul ist, daß unter einer General-Hypothec jenes nicht begriffen werde, was einer in specie zu verpfänden wahrscheinlicher nicht vorgehabt habe, wie da seyn die Erb- oder Leibrechte und dergleichen Güther. Dann niemand wird so sorglos erkennt, daß er sich der Gefahr des Verlursts seiner Güther aussetzen wolle, wo er doch weißt, daß jener solchen Verlurst leiden müsse, der ohne Vorwissen und Willen des Herrn seine Erb-Rechte Güther verpfändet. Hernach, obwohlen dem gemeinen Recht nach Erb-Rechte und dergleichen Güther unter einer General-Hypothec begriffen seynd, weilen solche specialiter zu verpfänden nicht verbotten ist, weilen doch in unsern Land-Rechten das Widerspihl verordnet ist, so seynd selbe eben darum unter der General-Hypothec nicht begriffen, indeme in aller Verordnung, was verbotten ist, ausgenommen zu seyn erachtet wird. cap. 1. §. General. si de feud. defunct. content. sit inter Dom. & agnat. & in cap. 1. de capitan. qui cur. vend. Wie von denen Lehen behauptet Gail. lib. 2. obs. 25. n. 6. in fin. Denen dißfalls in unsern Vatter-Land die Erbrechte Güther wegen verbottner Veräusserung gleich gehalten werden.

Ob die Erb-Rechte Güther einer legalen Hypothec unterworffen seyen, haben wir ausgeführt in Semicent. 1. Controv. 32. per totum. Welche wir hier nicht wiederholen wollen, obwohlen aus deme, was wir allda gesagt haben; ein starckes Argument wider unsere letzte Meynung, daß ein Erbrecht Guth unter einer General-Hypothec nicht begriffen seye, gemacht werden kan. Dann die legale Hypothec ist General, wann also die Erb-Rechte Güther unter der legalen Hypothec begriffen seynd, wie wir in besagter Semicent. zugelassen haben, so seynd sie auch unter der von einem Menschen errichteten General-Hypothec begriffen. Wir aber antworten, mit Wiedersprechung der Consequenz, weilen die legale Verpfändung stärcker ist, als die menschliche. Hernach, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, kan der Mensch wieder das Verbott des Gesatz nicht handlen, wird auch nicht vermuthet, daß er solches thue: Dahero dann eines Menschen verschribne General-Hypothec auf keine Weiß auf verbottene Sach erweitert wird, wie dem Gesatz im Gegenspihl frey stehet, alles sonsten ausgenommenes dem Gesatz zu unterwerffen: Obwohlen in der That nicht ohne Zweifel ist, ob nicht auch nach unsern Landt-Recht die Erb-Güther von denen Legal-Hypothecen frey und ausgenommen seyen? Welches wir mit D. Balthas. wegen denen in unserer Semicent. beygebrachten Ursachen gern defendirn wollten, wann uns nicht so vilfältige Præjudicia unserer Churfürstlichen Dicasterien entgegen stunden. 15.

Dises ist noch über diese Frag zu notiren, daß, obwohlen wegen Verpfändt- und Verhypotheticirung einer Erb-Gerechtigkeit die Caducität nicht verwirckt wird, wann nicht zugleich auch die Pfandt von einer zur andern Hand übergeben worden, so ist doch auf keine Weiß zu sagen, daß solche Verpfändt- oder Verhypotheticirung giltig seye: Dann nach Innhalt unsers 16.

Art.

Art. ist des Mayers ohne Vorwissen und Consens des Herrns beschehne Verpfändung des Erb-Rechten Guths nichtig, und verwirckt die Caducität. Der Verpfändtungs-Act ist allzeit null und nichtig, es mag die Einantwortung darzu kommen seyn oder nicht: Zieht aber den Verlurst der Gerechtigkeit nicht nach sich, wann nicht zugleich die Ubergebung geschehen; woraus sich ergibet, daß der Glaubiger, der vom Mayer ohne Vorwissen und Consens des Herrns die Hypothec oder der Pfandt empfangen hat, den Mayer zwar für einen Schuldner aber allein für einen gemeinen Schuldner ohne Hypothec oder Pfandt habe, weilen unser Art. die Hypothec oder das Pfandt zernichtet, und entkräfftet, wie wir gesagt haben bey dem 20. art. 2. tit. des Gandt-Proceß in den Worten: Da auch ein Grund-Unterthan bey dem Guth habende Gerechtigkeit, ohne seines Grund-Herrn Bewilligung verschriben, oder verpfändt hätte, soll dergleichen Verschreibung und Verpfändtung ungültig, und die Schuld allein für eine gemeine unbefreyte lauffende Schuld zu halten seyn. Wohin wir den Leser verweisen, weilen diser Text all bißherig gesagtes meisterlich bekräfftiget, daß nehmlich die blosse Verschreibung oder Verpfändtung ohne würckliche Aushändigung des Pfandts die Caducität nicht nach sich ziehe, und daß nicht der gantze Act ungültig und nichtig seye, sondern allein die Verpfändtung, worein der Herr nicht gewilliget hat. Und dahero weilen allein die Personal-Obligation verbleibt, so kan man wider denselben zur Execution schreitten, wie wir bey dem 4. art. 11. tit. des Summarischen Proceß gesagt haben, daß man verfahren könne wider jenen, der blosse Bursch-Lehen besitzet.

17. Was ist aber 10tens von der Vermüthung zu sagen, kan wohl ein jedwederer Mayer sein Guth einem anderen vermüthen, also daß der Bestands-Mann das Recht habe, für den jährlich bedungenen Zinß die Früchten einzusammlen, ohne Vorwissen und Willen des Herrns? Unser Articul antwortet mit einem Unterschid, ob der Mayer mit eignem Rucken das Guth besitzen könne, oder nicht? Kan ers selbsten besitzen; so ist ihme nicht erlaubt, das Guth zu vermüthen, dessen ist die Ursach, weilen bey Verleihung eines Erb-Rechts die Persohn selbsten erkiesen worden, welche nicht zu lasset, daß die Sach einem andern zu komme, oder daß die Bemayrung einem andern solle anvertrauet werden. L. tam ex contractu. ff. de R. J. Dann gleichwie unter denen Künstleren des Ingenii, Natur, Wissenschafft, und Erfahrenheit ein grosser Unterschid ist. L. inter artific. ff. de solut. L. uni §. fin verò. Cod. de Caducit. tol. Also auch ist ein grosser Unterschid, ja der gröste unter denen Bauers-Leuthen, welchen wir selbst erfahren haben, daß zu Zeiten unter eines Händen alles gerathet, unter des andern aber alles verderbe; ist sich also nicht zu verwunderen, wann unsere Land-Recht dem Mayer aufbürden, daß er das Guth mit eignen Rucken besitze, und bemayre, wann es der Grund-Herr also haben will. Ist also nach unsern Land-Recht eine Regul, welche dem gemeinen Recht zu wider ist, daß einem jedwederen Mayer, so Erb-Recht hat, auch die blosse Vermüthung verbotten seye, er könne dann beweisen, daß er das Guth mit eignen Rucken nicht besitzen könnte, dann obwohlen dem Mayer die Vermüthung der Früchten so leicht nicht kan verbotten werden, doch, wann ein rechtmäßige Ursach verhanden, so ist kein Zweifel, daß nicht solche verbotten werden könne. Lese über dise Materi Corbul. de jure emphyt. cap. 14. Jul. Clar. in §. emphyt. quæst. 19. & in §. feud. quæst. 33. Covar. lib. 2. var. resol. cap. 16. Tyraquell. de retract. consan. §. 1. Gloss. 14. n. 79. und andere. Wie in der That in disem unseren Articul wegen kurtz zuvor angebrachten Ursachen sothane Vermüthung verbotten zu seyn gefunden wird. 18.

Und obwohlen dise Verbietung allein auf den Fall eingeschranckt wird, wann der Mayer das Guth nicht selbst mit eignen Rucken besitzen kan, weilen jedoch die Regul für den Grund-Herrn ist, so muß der Mayer beweisen, was für eine rechtmäßige Ursach er habe, daß er das Guth selbsten nicht bemayern könne; Dann wann er kein rechte Ursach hat, und villeicht sonsten schon reich genug ist, und vilmehr eine Ruhe als Arbeit suchet, so ist seiner Faulkeit nicht zu gestatten, daß der wider des Grund-Herrn Willen das Guth verlasse, und einen andern um einen jährlichen Zinß zum Bauen überlasse, weilen dem Mayer obgelegen ist, daß er das Guth bemayre, und seiner Schuldigkeit und dem Erb-Rechts-Contract ein Genügen thue.

Ja wann in dem Stifft-Brieff bedungen worden, daß der Mayer beständig das Guth bemayern, und solches keinem anderen zum bauen überlassen solle, so muß der Mayer den Contract halten, wann er schon sonsten eine rechte Ursach hat, das Guth einem andern zum bauen zu überlassen.

Was aber es für rechte Ursachen seyn sollen, die den Mayer von Besitz- und Bemayrung des Guths entschuldigen, daß wird dem Guth-Befinden des Richters überlassen, zum Exempel eine Kranckheit, rechtmäßige Abwesenheit, oder wegen erhaltnen bessern Glück, und dergleichen, den tausen- 19.

tausenderley sich ergeben können, welche Umständ den Mayer von Besitz und Bemayrung des Guths entschuldigen, uns ist wiederfahren, daß eines Mayers Sohn, nachdeme er seine Studien absolvirt hat, zu Ehren-Aemtern erhebt worden, welchen, da der Grund-Herr nöthigen wollen, daß er das Erb-Rechte Guth verkauffete, von darumen, weilen er das Guth selbst nicht bemayern könnte noch wolte, wir haben geantwortet, daß dem Sohn in Krafft dises Art. frey stehe, das Guth einem andern um einen jährlichen Zinß vermüthen könne, indeme der gute Mann zu dem vätterlichen Guth eine solche Zuneigung hatte, daß er solches auf keine Weiß von sich lassen wollte, welches ja eine gerechtiste Ursach ist, daß er solches einem dritten tauglichen Mann vermüthen kan. Wir haben gesagt einem tauglichen; Dann der Grund-Herr ist nicht schuldig einen untauglichen einzulassen; dises doch ist in des Grund-Herrn Gewalt nicht, daß er einen jedwederen als untauglichen und unanständigen verwerffen könne, sondern stehet solches im Gewalt des Richters, der dißfalls die Sach auszumachen hat.

Was ist aber zu thun, wann der Mayer das Guth mit rechtmäßiger Ursach einem andern vermüthet, ob einem solchen Bestands-Mann erlaubt seye, die bestandene Früchten weiters wegen eines Ubergewinns zu vermüthen? Und wir antworten, daß dises in unserem Articul gäntzlich verbotten seye, wann nicht der Grund-Herr sonderheitlich darein williget. Und wir halten darfür, daß dises der eigentliche Verstand seye des Versiculs: Es soll auch rc.

20. Wir aber glauben, wir werden nicht betrogen, wann wir sagen, daß auch dem Mayer die blosse Vermüthung Krafft der Worten bemeldten Versiculs verbotten seye, wann er nur wegen eines Ubergewinns das Guth vermüthen will, da er das Guth mit eignem Rucken zu besitzen nicht verhindert wird. Weilen ein grösserer Nutz und Gewinn kein rechtmäßige Ursach ist, den sonst, wie wir gesagt haben, nach unsern Land-

Diff. Recht verbottenen Vermüthungs-Contract zu rechtfertigen, welches ja ein merckwürdiger Unterschid zwischen dem gemeinen und

21. unseren Land-Recht ist, weilen die Vermüthung der Früchten von Jahr zu Jahr weder bey Lehen-Güthern, noch bey Erb- oder Leib-Rechten Höffen dem Vasallen oder Mayer verbotten ist, indeme dise Besitzer wahrhaffte Herrn der Früchten seynd, und den Gewalt haben solche veräusseren zu können. Wir haben gesagt von Jahr zu Jahr.

22. Dann wann eilfftens die Vermüthung auf 10. Jahr geschicht, ist sie nach gemeinerer der Rechts-Gelehrten Meynung ungültig, weilen es eine wahre Veräusserung ist. Dann eine Vermüthung auf 10. Jahr ist ein Erb-Rechts-Veräusserung; gleichwie nun wir oben gesagt haben, daß eine Affter-Mayerschafft als eine Gattung wahrer Veräusserung nicht erlaubt seye, also auch ist die Vermüthung auf 10. Jahr verbotten. Jul clarus. in §. emphyteusis quæst. 19. Idem de feudis quæst. 33. Covar. lib. 2. var. resol. cap. 16. Corbulus de jur. emphyt. cap. 14 ampl. 35 Cævall. com. cont. com. quæst. 199. Tyraquell. de retract. consang. §. 1. Gloss. 14. Alvar. Valasc. quæst. 29. n. 2. 3. & seqq. Aber, weilen wir schon oben bey dem 6. art. gesagt haben, daß die Vermüthung Erb-Rechter Güther aus uralter Gewohnheit des Vatterlands der Verordnung des Pabst Pauli secundi in cap. unic. de rebus Ecclesiæ non alienand. in extravag. gantz gleich und conform ja älter seye, daß sie nehmlich ungültig und krafftloß seye, und über ein jährliche Vermüthung nicht erstreckt werde, wann sie über 3. Jahr lang bedungen worden. Also

Zwölfftens ist hier absonderlich zu mercken, daß auch in dem Fall, da der Mayer mit eignen Rucken das Guth nicht besitzen kan, er solches Guth in Krafft dises Articuls über 3. Jahr lang nicht vermüthen könne. Aus Ursach, weilen, da die Vermüthung erlaubt ist, nicht zu ermessen ist, daß auch eine Affter-Mayerschafft erlaubt seye, als welche, wann es sich über 3. Jahr erstreckt, als eine wahre Veräusserung verbotten ist. Wir setzen hier keinen neuen Unterschid zwischen dem gemeinen und unsern Land-Recht, weilen mehrere Rechts-Gelehrte seynd, welche nicht allein die Vermüthung von Jahr zu Jahr, sondern auch auf 10. Jahr dem Mayer zu lassen, und erlauben, wie zu lesen ist bey Corbul. de jur. emphyt. cap. 14. ampli 34. n. 13. & Coler. de process. execut. part. 2. cap. 3. n. 280. 23.

Unterdessen dreyzehendens wiedersprechen wir nicht, daß, da die Vermüthung eines Erb-Rechten Guth oder vilmehr der Früchten auf 10. Jahr mit der Condition geschehen, daß so vil Jahr so vil Vermüthungen seyn sollen, in dem Fall, da der Mayer eine rechtmäßige Ursach zur Vermüthung gehabt hat (wovon wir erst geredet haben) auch die ohne Willen und Vorwissen des Herrn beschehne Vermüthung auf 10. Jahr erlaubt seye, wann kein Betrug dabey unterlaufft, in Krafft des Text in L. debemus. ff. de V. O. Weilen von der Herrlichkeit dem Bestands-Mann nichts zugehet, sondern ihme nur die Früchten zu kommen, und den Contract 24.

in

in der blossen Vermüthung auf ein Jahr bestehet.

25. Es hindert auch vierzehentens nichts, wann der Mayer die Früchten nicht vermüthet, sondern dem dritten verkaufft; dann wann schon der Verkauffs-Contract der Früchten von denen mehristen Rechts-Gelehrten mehrers als die Vermüthung auf 10. Jahr approbirt wird. Cass. in Consult. Burgund. rubr. 3. §. 8. Gloss. 1. n. 40. Tyraquell. de retract. consang. §. 1. Gloss. 7. n. 47. Arr. Pinell. ad L. 1. part. 3. n. 70. Cod. de bonis matern. Gleichwie doch unser Art. die Vermüthung entkräfftet, wann ein Mayer sein Erb-Recht Guth selbst zu besitzen und zu bemayern wegen rechtmäßiger Ursach nicht gehindert ist, also thut er auch mit ausdrucklichen Worten bey dem Versicul: Doch ist hinfüran den Verkauff zernichten, weilen ja die Verkauffung der Früchten über 3. Jahr mehr ist als die Vermüthung. Weilen durch die Verkauffung eben ein Real-Recht dem Käuffer eingeraumt wird, wann ihme der Gewalt gegeben worden, von dem Guth über drey Jahr die Früchten einzusammlen, als wie durch die Vermüthung.

26. Doch funffzehendens nemmen wir aus, jenes in Unter-Lands-Bayern an vilen Orten hergebrachtes Recht, so die Drittel-Lehens-Gerechtigkeit genennt wird, welches Wort zu verstehen, ist zu wissen, daß jene Güther, wann sie schon Lehen genennt werden, doch keine Lehen, sondern Erb-Rechte Güther und gemeiniglich ewige Erb-Güther seyen, der dergestalten doch beschaffen, daß nicht alle Jahr, sondern erst im dritten Jahr dem Grund-Herrn die Gülten und übrige Schuldigkeiten bezahlt werden. Dahero wegen disen Gütheren die Frag ist, erstlich, ob der Mayer sein Recht die Früchten zu sammlen einem andern auf 9. Jahr vermüthen könne? Die Ursach zu zweiflen ist, weilen in 9. Jahren der Herr mehr nicht als drey Gülten oder herrschafftliche Schuldigkeiten einnimmt. Scheinet also er habe die Verordnung des 6. Articuls dises Tituls nicht überschritten, wie wir bey dem 9ten Art. 2. Tit. des Gandt-Proceß Vers doch wosern. Aus dem Couvar. tom. 2. var. resol. lib. 2. cap. 16. n. 6. gelernet haben, daß ein Mayer sein Recht verliehre, wann er 3. Jahr nach einander die Gülten nicht abführt, nicht aber seines Rechts beraubt werde, wann er nur alle 3. Jahr die Gült zu liffern schuldig ist: Dann solchenfalls ist nothwendig, daß er 9. Jahr nach einander die Gült nicht gereicht habe. Gleichwie die Verordnung des Pauli 2. in extravag. de reb. Eccles. non alienand. Wo die Veräusserung der Kirchen-Güther über 3. Jahr lang verbotten wird, also zu verstehen ist, daß, wann ein Kirch inner 3. Jahren nur einmahl die Gült einzunehmen hat, die Vermüthung auf 9. Jahr gültig und erlaubt seye. Wo vom Couvar. mehrer citirt werden, und wir in art. 6. dises Tituls auf unsere Land-Recht extendirt haben: Dann wann die Vermüthung auf 9. Jahr bey Kirchen-Güthern gültig ist, wann nur alle 3. Jahr die Gült geliffert wird, so muß selbe um so mehr bey weltlichen Gütheren gültig seyn, zumahlen in Veräusserung der Sachen die Kirchen favorabler ist als ein Privat-Mensch. Dessen doch ohnerachtet vermeynen wir, daß ein solcher Mayer, wovon wir reden, der ein Drittel-Lehen besitzet, sein Guth ohne des Grund-Herrn Consens nicht also auf 3. Jahr vermüthen könne. Aus Ursach, dann wann schon dem Eigenthums-Herrn nur alle 3. Jahr die Gült vom Mayer bezahlt wird, so empfangt doch der Mayer von seinem Bestands-Mann jährlich sein Bestand-Geld. Gleichwie nun dem Grund-Herrn selbsten das Guth auf 9. Jahr zu vermüthen nicht erlaubt ist, wann alle Jahr der Bestands-Mann die Früchten einsammlet, und dem Vermüther jährlich das Bestand-Geld bezahlt; also ist noch vilweniger einem solchen Drittel-Lehner erlaubt, wann er schon ein rechtmäßige Ursach hat, sich von selbst Bemayrung des Guths zu entschuldigen, weil ein solcher Drittel-Lehner, so vil die Vermüthung betrifft, für den Herrn gehalten wird. Wann er also solche Vermüthung auf 9. Jahr erweitert, so überschreitet er den Termin einer blossen Vermüthung, und schließt nach Innhalt besagten 6. Art. einen ungültigen Contract. Ein anders ist bey der Gült, welche ein Drittel-Lehner alle 3. Jahr erst reichet, weilen bey Unterlassung der Gült-Lifferung, welche der Herr nicht betritten hat, nicht auf die Jahr, sondern auf das gesehen wird, wie offt die Unterlassung geschehen, also daß nöthig ist, daß dreymahlen, und nicht 3. Jahr lang die Gült nicht geliffert worden; wie wir bey dem 9. Art. 2. Tit. des Gand-Proceß ausgelegt haben. Ein mehrers werden wir von disen Drittel-Lehnern anderstwo und villeicht in Exegesi nostra feudali reden, wo wir die Ursach geben werden, warum sie Drittel-Lehner genennt werden, weilen sie keine wahrhaffte Vasallen seynd, sondern Erb-Mayer, und ob die Edel-Leuth, so der adelichen Freyheiten fähig seynd, in Krafft der Hand-Vest bey dergleichen Güther die Hoff-Märckliche Obrigkeit haben, oder wenigist erhalten, wann sie den Titul verändern, und dises Recht zu einem wahren Erb-Recht verkehren, und die nur alle

alle 3. Jahr vorfallende Gült mit Einwilligung der Unterthanen auf alle Jahr eintheilen, wie wir uns erinnern, daß einige gethan haben, damit sie die Churfürstliche Cammer, welche für den Lands-Fürsten dise Jurisdiction prætendirt, hintergehen.

27. Endlich sagt der Articul, daß jener, welcher ein veranleite Frey-Stifft-Guth hat, und solche ohne Consens des Herrns veräusseret, entweders völlig, oder darvon einen Acker, Wisen, oder Gehiltz ꝛc. seine Personal-Action, so er wegen der verkaufften Sach wegen den Kauff-Schilling gehabt hatte, verliehre. Weßwegen anscheinet, man könne den Schluß machen, daß der Besitzer eines Herrn-Gunsts wider jenes, was wir öffters in gegenwärtigen Titul gesagt haben, ein Grund-Recht des utilis dominii nicht habe. Weilen unser Art. ihme ausdrucklich allein ein Personal-Action zu lasset, welche doch ihme wegen des Kauff-Schillings der verkaufften Sach abgenommen wird, wann die Veräusserung ohne Consens des Grund-Herrns geschehen ist. Wir antworten aber, daß ein Besitzer eines Herrn-Gunst Guths, wie wir öffters gesagt haben, eben, wie ein Erb-Rechter Mayer das utile Dominium habe, oder jener, der ein Guth auf Leib Lebenlang, oder auf ein gewisse Zeit zu bemayeren übernommen hat, oder über 3. Jahr in Bestand genommen hat, also daß er wider den dritten Besitzer die utilem actionem rei vindicatoriam anstellen kan. Aber obwohlen ein wahrhaffter Erb- und Leib-Rechter Mayer sich auch diser Action wider den Grund-Herrn, der das Guth zum Erb- oder Leib-Recht verlassen hat, bedienen kan, wann solches Guth in dessen Handen gefunden wird: Jedoch, wann eine mit dem Herrn-Gunst behaffte Sach in Handen des Eigenthums-Herren ist, so hat jener, der den Herren-Gunst oder veranleite Frey-Stifft empfangen hat, wider den Herrn die rei vindicationem nicht, weilen eben darum præsumiret wird, daß der Herr die Frey-Stiffts-Gerechtigkeit widerruffe, weil er das Guth an sich gezogen, welches ihme, wie wir oben ausgelegt haben, allzeit erlaubet ist, und einem solchen Herren-Günstler kein andere Action gebühret, als eine Personal-Action um das ausgelegte Geld, so er zu Erhaltung solcher Gerechtigkeit verwendet hat: Und dises ist jene Action, welche der Mayer verliehret, wann er sein Recht ohne des Herrn Consens veräussert, also daß der Herr, wann er den Herrn-Gunst an sich ziehet, dem Mayer keinen Heller hinauß zu geben schuldig ist; Dahero wird in dem Art. klar beygesetzt, daß er seine Personal-Action gegen dem Herrn verliehre, das ist, er kan die zu Anfangs für solches Recht ausgelegte Gelder nicht mehr begehren.

Was ist aber zu thun, wann man setzt, daß eine Sach nach ungültig und unerlaubter getroffenen Contract bey dem dritten Besitzer auß seiner Schuld zu Grund gegangen seye, also das der Herr die Sach nicht mehr an sich ziehen kan, oder wann er zu friden ist, daß die Sach bey dem dritten um den bedungenen Werth verbleiben solle, hat wohl der Herr um solchen Kauff-Schilling zu erhalten wider den dritten Käuffer eine Personal-Action? Und wir antworten mit ja: Auß Ursach, weilen in dem ersten Casu, wann die Sach bey dem dritten Käuffer nach noch nicht bezahlten Kauff-Schilling zu Grund gehet, der Kauff-Schilling die Sach selbsten vertritt, und statt der Sach selbsten kommt. Gleichwie nun durch die verbottene Veräusserung einer die Sach selbst verliehrt, also auch, wann die Sach zu Grund gangen, kan anstatt derselben der Kauff-Schilling, und der Herr kan das Geld, welches ihme verfallen ist, prætendiren. In dem anderen Casu aber wird darfür gehalten, daß der Herr einen neuen Contract einer veranleiten Frey-Stifft geschlossen habe, also daß dem Grund-Herrn wegen solch neuen Contract die Actio Emphyteuticaria (wann du mit uns zulassest, daß der Herren-Gunst ein Emphyteusis seye) oder die Actio præscriptis verbis gebühret. Ja, wann du setzest, daß nach verlohrner Sach der Werth noch in Handen des Mayers als unrechtmässigen Verkäuffers seye, so vermeynen wir, daß solches Geld dem Grund-Herrn vindicirt werden könne, weilen durch die Caducitæt der Mayer das Recht zum Geld verlohren, und dem Herrn eingeraumet hat. Wann aber die Sach verbraucht und consumirt worden, so hat der Herr wider den Mayer, so die Sach veräussert, die Actionem Emphyteuticariam oder Præscriptis verbis. Als welcher den mit dem Grund-Herrn getroffenen Contract nicht gehalten hat. Fürwahr wann der dritte Käuffer auch vom Betrug gewust und theilhafftig gewesen, und der erste Mayer nicht im Stand zu zahlen ist, ein solch betriegerischer Nachfolger ist gehalten, das Geld wieder zu bezahlen. Von denen bey dergleichen Casibus und Fürfallenheiten zustehenden Actionibus mehrers zu reden, und solches Geschäfft genauer zu examiniren wäre gar zu mühsam, und wird ein jedwederer Rechts-Gelehrter solche Actiones leichtlich auseinander klauben. Uns, die wir uns der 28.

Kür-

Kürtze bedienen, ist genug, kürtzlich dises zu sagen, daß eine Sach, so mit der veranleiten Frey-Stifft behafftet, und ohne Vorwissen und Willen des Herrn veräussert worden ist, als Caduc verlohren gehe, und also entweders das veranleite Frey-Stifft-Recht dem Herrn zuruck falle, oder, wann solches in seinen Handen schon ist, ihme verbleibe, oder das Herren-Gunst-Recht, oder dessen aus nichtiger Veräusserung erlöster Werth kan vom Herrn wieder gefordert werden. Auß welchem zum Beschluß folget, daß, wann ein wahrhaffter ewig Erb-Rechter Bauer, oder ein Leib-Rechter Mayer seine Gerechtigkeit wider das Verbott ohne des Herrn Wissen und Willen in eines anderen Händ veräussert hat, dem Grund-Herrn auch eben rei vindicatio, und die übrige Conditiones zu Erhaltung der Sach, oder derselben Wercks zustehen, und daß in des Herrn Gewalt stehe, wann er den zwischen dem boßhafften Mayer, und den dritten ohne des Grund-Herrn Consens nichtig getroffenen Contract, weilen villeicht dem Herrn die Person des Käuffers recht ist, auf das neue aus eigener Person bestättigen will, zumahlen ein solcher Actus nicht kan ratihabitorius genennet werden, weil er gantz neu als über eine Sach beschlossen worden, welche dem Herrn als verfallen wieder zugehet.

Der sechzehende Articul.

Da ein Bauer füran, heimlich, ohne Wissen und Willen seiner Herrschafft, mit Weib und Kind, auch seinem Vieh und Hauß-Rath, von einem Guth zeucht, und von seiner Herrschafft kein Urkund eines ehrbaren Abschids, oder Erlaubnuß fürzuweisen hat, soll demselben, samt seiner Fahrnuß, bey Städten und Märckten, und Land-Gerichten, auch an allen anderen Orthen, allda er also hinkommt, keineswegs durchzuziehen, oder sich niderzusetzen vergunt, noch gestattet, sondern dasselb auf seine eigene Kosten, biß solches dem Grund-Herrn, darvon er also abtrinnig ist worden, zu wissen gethan würdet (daß dann fürderlich beschehen soll) aufgehalten, und gehandhabt, und darauf sein Beschwerde und Meynung seines Abzugs vernommen werden. Ob er auch seiner Herrschafft nichts zu thun schuldig blibe, oder einigen Nachtheil oder Schaden zugefüget hätte, solches soll er ohne Verziehen bezahlen, widerkehren und abthun, und durch die Gerichts-Obrigkeit, des Orths er also betretten würdet, wie obstehet, darzu gehalten, auch nach Gelegenheit seines Verbrechens gestrafft werden. Sofern er auch Leib- oder Erb-Recht, oder andere Gerechtigkeit auf demselben Guth hätte, die soll er damit gäntzlichen und gar verworcht und verlohren haben, doch seinen Glaubigern ohne Schaden. Wo auch ein Herrschafft begehren wurde, daß derselbe Bauer wieder auf sein Guth soll ziehen, das soll alsdann durch obberührte Gerichts-Obrigkeit ohne Verzug verschaffet werden. Wo aber ein Bauer oder Unterthan allein mit seiner Person, heimlich ohn Wissen und Willen seiner Herrschafft von einem Guth ziehen, und Jahr und Tag außbleiben wurde, der soll ebenfalls sein Gerechtigkeit beym Guth verworcht, soll, wo er wegen böser Thaten, und Mißhandlung außgetretten, vermög der Lands-Freyheit, dem Lands-Fürsten, da er aber nur sonsten davon gezogen, dem Grund-Herrn, doch ohne Nachtheil der Glaubiger, verfallen, und ihme noch darzu sein Lebenlang das Land zu Bayern gäntzlich und gar verbotten seyn und bleiben.

Summaria.

1. Ob ein Mayer seinen Mayerhoff frey verlassen, und ohne Vorwissen des Herrn davon ziehen, könne?
2. Ob ein Mayer wider Willen des Herrn den Mayerhoff verlassen könne?
3. Wann der Mayer ohne Abschid weg ziehet, ob er nicht für einen Flüchtigen zu halten seye?
4. Wann ein solcher Flüchtling ertappet wird, ob er aller Orthen könne arrestirt werden?
5. Wie ein solcher Flüchtling zu straffen seye?

6. Ob ein solcher Flüchtling, so sich anderstwo ansetzen will, zu gedulten seye?
7. Ob durch eine solche Flucht einer sein Recht verwürcke?
8. und 12. Ob, da ein solches Guth verlohren wird, des Mäyers Glaubigern ihr Recht vorbehalten seye?
9. Was Rechtens, wann der Mayer nicht Schulden halber, sondern wegen Harthaltung des Herrn heimlich davon gehet, ob er nichts destoweniger sein Guth verliehre?
10. Ob ein auf der Flucht ertapter Mayer dem Herrn auf sein Begehren zuruck geschickt werden müsse?
11. Was Rechtens, wann der Mayer wegen einer Missethat geflohen, und inner Jahr und Tag nicht wieder kommen, ob er sein Guth verliehre welches dem Territorial-Herrn zufallet?
13. Ob er solcher flüchtiger Mayer sein Lebenlang *relegirt* verbleiben müsse?

1. Oben schon bey den 1. und 2. Art. haben wir ausgelegt, daß denen Mayern verbotten seye, daß sie heimlich ohne Vorwissen und Willen ihrer Grund-Herren, mit ihren Weibern, Kindern, Vieh, und Hauß-Rath ohne ehrbaren Abschid ihre Hof-Güther nicht verlassen sollen, welches in denen Statuten in der Oberen-Pfaltz genennt wird ohne Mann-Recht. Als wann einer gleichsam den Namen eines Manns nicht würdig seye, der sein Heimet ohne redlichen Abschid verlasset. Jetzt in disem Art. wird erfüllet, was alldorten abgehet, welchergestalten wider solche Flüchtling man verfahren müsse? Und vor allem scheinet, man müsse sagen, daß ein jedwederer Mayer seinen Mayerhof frey anlassen, und sich von solchen Joch mit Anlassung des Hof-Guths nach Belieben befreyen könne, wie ein Vasall sich von seinem Joch entschitten kan, wann er das Lehen in die Händ des Herrn resignirt, und zuruck gibt. Krafft des cap. 1. de Vasall, qui cont. constitut. Lothar. benefic. alien. wie schon ausleget Mynsing. cent. 5. obser. 65. & cent. 6. obs. 23. Schrad. part. 8. cap. 1. à n. 61. biß 65. Aber, obwohlen wir oben im 2. Art. dißfalls den Mayer einem Vasallen gantz verglichen haben, daß er auch dem Grund-Herrn wider seinen Willen das Hof-Guth resigniren kan, so muß doch dises in Krafft der Verordnung dises Art. offentlich und nicht heimlich ohne Vorwissen und Willen des Herrn geschehen, zumahlen ein jede Sach muß aufgelöst werden, auf solche Weiß wie es gebunden worden, diser Erb- und Leib-Rechts-Contract aber bindet sowohl den Herrn als den Mayer. Gleichwie aber zu solchen Contract sowohl des Herrn als des Mayer Consens nothwendig gewesen ist, also muß auch beyder Willen bey dessen Auflösung vorhanden seyn. Es ligt also einem jedwederen Mayer ob, wann er vom Guth abweichen will, daß er offentlich zu dem Herrn gehe, und mit ihme, wie der 2. Art. redet, wegen jährlich bezahlten, und ausständigen Gülten abrechne, und vor allem den Rest abführe, sodann das ihme anvertraute Guth in die Hand des Grund-Herrn resignire, und sich den Absid unterthänig ausbitte, welchen der Herr nicht abschlagen kan, wann er vom Mayer der Gülten und anderer Herrschafftlicher Schuldigkeiten alle Satisfaction erhalten hat. Also darfür zu halten scheinet Ant. Perez. in Cod. ad dict. Tit. de jure emphyt. n. 14. wo er sagt, daß sich auch das Erb- oder Leib-Recht an Seithen des Herrns ende, wann der Mayer dem Herrn das Guth resigniret. Und obwohlen Perez beysetzt, wanns der Herr laßt, welche Wort mit sich zu bringen anscheinen, daß sothane Resignation, wann der Herr nicht einwilliget, nichtig seye, welches die Meynung ist des Jul. Clari. lib. 1. recept. sent. n. 4. vers. contrariam. So haben wir doch bey dem 2. Art. mit mehreren erwisen, daß auch einem Herrn wider seinen Willen die Resignation geschehen könne, wann nur der Mayer all jenes gethan hat, was ihme vor seiner Entlassung zu thun obliget, welchen Art. der Leser nachzuschlagen hat: Wir halten darfür, daß auch der Perez. diß Orths nicht wiedrig seye, indeme er beysetzt, wann dem Herrn die Sach anzeigt, und alles, was der Mayer schuldig gewesen, bezahlt worden, daß der Mayer entweders vom Herrn oder vom Richter entlassen werden müsse. Weilen aber der ohne Abschid vom Hof weichende Mayer darfür gehalten wird, als wäre er heimlich davon gangen, und habe den Herrn betrogen, oder wolle denselben betriegen, und also flüchtig seyn, also, wo er immer angetroffen wird, ist der Befehl, ihne mit Weib, Kindern, Vieh, und Hauß-Fahrnuß auf seine Kösten so lang anzuhalten, biß er dem Herrn kan angezeigt, und die Ursach der Flucht, untersuchet werden. Dann ein solcher wird für einen Flüchtling gehalten, und kan also wider ihn, wann er als ein Schuldner seines Herrns gefunden wird, verfahren werden, wie wir Tit. 13. Art. 2. 3. 4. mit mehreren ausgelegt haben, daß wider die Flüchtling zu verfahren seye. Unter welchen das fürnehmste ist, daß, wann der Herr wider den Flüchtigen ein rechtmässige Forderung entweders Schulden halber, oder wegen eines Verbrechen, oder wegen verursachten Schaden hat, der Richter jenes Orths, wo der Mayer ertappet worden, ihne auch durch würck-

würckliche Execution dahin anhalten müsse, dem Herrn ein vollständige Satisfaction zu leisten.

4. Uber das ist zu notiren, daß ein solch flüchtiger Mayer, mit seiner gantzen Famili, beweglichen Sachen und Vieh von jedes Orths Richter, wo er ertapt wird, wann er keinen Abschid hat, von Ambts-wegen müsse gefangen genommen, und aufgehebt werden. Aus Ursach, dann obwohlen kein Richter, wo kein Kläger ist, und ein Richter sein Ambt nicht dann auf Ersuchen, angedeyen lassen, L. 4. §. hoc autem 8. ff. de damno infecto. weilen doch wider einen solchen Flüchtigen, der keinen Abschid hat, der Argwohn eines Betrugs obwaltet, wie wir bey dem 4. Art. vom flüchtigen Schuldner gesagt haben, also kan ein solcher auch aller Orthen von Ambts-wegen aufgehoben, und in Kercker geworffen werden; dann offt die Herren von ihren Bauern-Güthern weit entlegen seynd, daß, wann der Richter nicht das Recht hätte, von Ambtswegen den Flüchtigen aufzuheben, sich die Zeit verweilete, disem nachzukommen, und nachdeme er ausser Lands Bayern den Fuß gesetzt, dem Herrn sein Satisfaction zu suchen, die Gelegenheit entrissen wurde.

5. Zweytens ist zu notiren, daß denen Richtern und Obrigkeiten damit ihnen ihr Ambt nicht unnutzlich, beschwerlich, oder auch schadhafft seye, in disem Art. auch der Gewalt ertheilet werde, dergleichen flüchtige Leuth nach Beschaffenheit ihres Verbrechens zu straffen; wie sie aber zu bestraffen seyen, schreibet der Art. nicht vor, sondern laßt die Straff der Willkuhr des Richters über: Hiervon haben wir etwann bey dem 2. Art. gesagt, hier setzen wir kürtzlich einen dreyfachen Unterschid bey. Dann entweders erstlich ist der Mayer boßhafft darvon gewichen, und hat seinem Herrn an der Gült, und anderen Herrschafftlichen Schuldigkeiten einen grossen Rest, oder grossen Abschleipf hinterlassen, oder sonst dem Herrn Schaden zugefüget? Und in disem Fall ist er vor einen Deliquenten zu halten, und nach Beschaffenheit des Verbrechens zu straffen. Oder andertens ist er entwichen ohne Abschid, hat doch dem Herrn alles bezahlt, ist ihm auch auf keine Weiß was schuldig, so ist ein schwerere Frag, ob er bestrafft werden könne? Die Ursach des Zweifels ist, weilen weder in dem 1. und 2. Art. noch in disem 16. Art. von einer Straff dißfalls etwas verordnetes zu finden ist. Dann in Krafft der Wort: Ob er auch hat alsdann erst die Straff Platz, wann der weichende Mayer seinem Herrn entweders Schulden halber, oder wegen verübten Schaden verbunden ist. Also im Widerspil ist zu sagen, daß er Straffrey seye, wann er vor seiner Entweichung dem Herrn alle Satisfaction gegeben hat. Weilen jedoch auch dises verbotten ist, daß der Mayer ohne Abschid nicht entweichen solle, so zweiffeln wir nicht, daß er nicht auch von des Orths Obrigkeit, wo er ohne Abschid ertapt worden, nach Verdienst gestraffet werden könne, doch gelinder, als wann er dem Herrn Schulden oder andere Verbrechen hinterlassen hätte. Dann, wann man schon setzet, er seye dem Herrn nichts schuldig gewesen, oder habe ihme auch nicht geschadet, so hat er ihme doch in deme Schaden zugefüget, weil er ohne Vorwissen und Consens weggehend das Guth ungebauet hinterlassen, weilen nicht allzeit anständige Bauern zu bekommen seynd. Wann aber drittens, der Bauer mit Vorwissen des Herrn, und nach ertheilter vollständiger Satisfaction, und nach beschehener ordentlicher, vom Herrn aber nicht angenommener Aufkündung seines Erbs-Recht darvon gangen, obwohlen er besagter massen aufgehebt werden kan, biß die Sach untersucht wird, so ist er doch nach Befund der Wahrheit nicht straffbar, wann wir darfür halten, daß sowohl der Mayer, wie der Vasall sein Guth nach Gefallen anlassen könne.

Drittens ist zu notiren, daß diser Art. sehr gut verordne, daß ein solcher Flüchtling nicht aller Orthen zum Innwohner, oder zu Bemayerung anderer Güther aufgenommen werden solle, biß er von seinem vorigen Herrn den Abschid beybringet: Welches in einem Land, so einen Fürsten allein unterworffen ist, practicirt werden kan, weilen aber wir nach dem 30.-jährigen Krieg öffters erfahren haben, daß die Bauren, welche nach ausgestandenen Kriegs-Beschwärden noch etwas übrig hatten, nachdeme ihnen bessere Bedingnussen angetragen worden, ausser Land auf bessere Güther weg beruffen worden, da ist neben obgemeldter Versorgung, daß die Bauren, nemlich im Land überall aufgehebt werden können, auch dise Verordnung gemacht worden, daß bey denen Gränitzen, absonderlich bey Flüssen, und allem Gebürg genaueste Wachten aufgestellet werden, und die flüchtige Bauern, wann sie schon ihrem Herrn nichts schuldig wären, noch ihme einigen Schaden hinterlassen hätten, auf ihre vorige Güther zuruck getrieben werden solten. Aus disem doch, daß allein jenen Mayern in unsern Vatterland verbotten seye, ihren Sitz anderstwo zu nehmen, welche wahrhafft ihr voriges Guth verlassen, und Flüchtig seynd, und ihren Herrn entweders etwas schuldig hinterbliben, oder denenselben einen Schaden zu ersetzen haben, noch vom Herrn rechtmässig 6.

sig entlassen worden: Folget, daß andere, welche dem Herrn auf keine Weiß verbunden seynd, und ihre Güther demselben Rechts behörig resignirt haben, nicht können gehindert werden, ihren Sitz im Vatterland zu nehmen, wo sie wollen. Dann dises Gesatz über der Bauern Veränderung, obwohlen es für die Grund-Herrn geneigt und favorabel ist, thut sich doch nicht weiters erstrecken, als, daß die Herrn, nachdeme der Bauern Boßheit und Hartnäckigkeit, deren sie sich zu Zeiten um gegen die Herren ihren Neid zu vollziehen, mißbrauchen, gehemmet worden, schadloß gehalten: Unterdessen doch die Bauren oder Unterthanen ihres Rechts die Güther nach Gefallen resigniren zu können, nicht beraubt werden sollen. Dann sie seynd in der That freye Leuth, und keiner Leib-Eigenschafft unterworffen; scheinet also nicht, daß ihnen die Freyheit das Guth zu resigniren, benommen werden könne, wann sie dem Herrn das Guth getreulich zuruck stellen, welches sie von ihme empfangen haben, noch sonst wegen einer Schuld, oder Verbrechen, oder Abschleipf, oder sonst dem Herrn verbunden seynd, wie wir mit mehrerem bey dem 2. Art. geredet haben.

7. Vierdtens ist zu notiren, daß der Mayer, welcher mit seiner gantzen Famili, Weib, Kinder, Vieh, und allen Hauß-Rath also heimlich davon gezogen, auch das Recht verliehre, welches er am Hof-Guth gehabt hat, es mag ein Recht seyn was für eines wolle, also daß unter denen Verwürckungs-oder Caducitæts-Ursachen, auch die heimliche Verlassung des Guths unseren Land-Recht nach gezehlet werde; obwohlen dise Straff dem Mayer nicht schwer fallen kan, eben darum weil er selbsten jenes verlaßt, um was ihne das Gesatz strafft. Weilen jedoch sich zutragen kan, daß ein solcher Flüchtling im Land mit seinem Vieh und Mobilien erwischt werde, welche er villeicht dem Herrn oder seinen Glaubigern zu entziehen gedachte, so wird ihme schwer genug fallen, wann vor allem zu Bezahlung der Schulden das Vieh und die Mobilien verwendet, und das Hof-Guth als verwürckt und Caduc dem Herrn zugesprochen wird, also daß dem Mayer nichts als der Bettel-Stab in seinen Handen bleibet.

8. Was ist aber Rechtens, wann der Mayer mit seinen Mobilien und Vieh durchgekommen? Alsdann ist zwar das Guth verwürcket, doch also, daß denen Glaubigern ihr Recht unbekränckt verbleibet. Muß also das verlassene Guth vergantet, und jedem Glaubiger Prioritætmässig das seinige bezahlt werden, unter welchen auch der Grund-Herr in Krafft des 11. Art. der erstere ist, wie alles in Gant-Process Art. 9. Tit. 2. weitläuffiger ausgelegt worden.

Nun ist die Frag, ob die Erb-oder Leib-Gerechtigkeit, so der Flüchtling gehabt hat, auch Caduc und verwürckt seye, wann er gar kein Schuld hinterlassen hat, sondern wegen anderen Absehen, weil der Grund-Herr gar zu streng gewesen, sich davon und frey machen wollen? Und wir antworten, daß unsers Erachtens nichts destoweniger dises Recht Caduc und verwürcket werde, von darumen, weilen er durch heimliches davon gehen, den Contract über die Erb-oder Leib-Gerechtigkeit beschädiget. Dann obwohlen besagter massen der Herr den Mayer entlassen muß, wann der Mayer sein Recht rechtmässig resignirt, wann er doch heimlich davon gehet, so ist er für einen Ausreisser zu halten, indeme er, ob er eine rechtmässige Ursach, sein Recht zu resigniren habe oder nicht, der eigene Richter nicht sein kan, und des ordentlichen Richters Ausspruch gewärtigen muß. Dises wird erwisen aus den Worten unsers Art. Vers: So fern er auch. Wo verordnet wird, daß die Verwürckung oder Caducitæt denen Glaubigern nicht zu Schaden kommen könne, muthmasset also der Art. daß die Verwürckung oder Caducitæt sich zutrage, wann schon der Mayer keine Glaubiger hinterlasset, welches ja der Fall eines heimlichen Abweichens ist, weilen zu deme, daß eine Resignation oder Entlassung gültig seye, des Grund-Herrn Vorwissen und Willen erfordert wird, wann er schon den Consens, wie wir erst gesagt haben, nach Rechts behöriger massen beschehener Resignation nicht verweigern kan. 9.

Was ist aber Rechtens, wann der Consens rechtmässig erbetten worden, und die Resignation ordentlich geschehen, solche aber vom Herrn abgeschlagen worden? Und wir antworten, daß der also abweichende Bauer, so sein Vieh und Mobilien mitnimmt, sich in nichts verfähle, und also sein Recht nicht verwürcke, doch das Guth dem Herrn nicht zwar also Caduc, sondern als resignirt zuruck falle.

Fünfftens ist zu notiren, obwohlen in vorgehenden gesagt worden, daß der Richter jenes Orth, wo der flüchtige Mayer ertapt worden, den Mayer anhalten müsse, dem Herrn wegen des Ruckstands und zugefügten Schaden zu ersetzen, also daß der Art. muthmasset, daß die Jurisdiction der Obrigkeit des Orth zustehe, wo der Flüchtling ist aufgehebt worden, jedoch, weilen dem Grund-Herrn daran gelegen seyn kan, daß der Mayer in sein 10.

Heim-

Heimmet zuruck geschickt werde, villeicht, weilen der Grund-Herr an solchem Orth die Gerichts-Herrschafft ist, und ihme selbst Recht und Satisfaction verschaffen kan, oder, weilen vielleicht der Herr bey des verlassenen Guths-Richter einen Justiz mehr liebenden Mann zu finden verhofft, dahero setzt unser Art. in des Herrn freye Willkühr und Gewalt, ob er vilmehr die Auslifferung des flüchtigen Mayers begehren, oder dem Richter des Orths, wo er ertapt worden, das Urthl und Execution überlassen wolle. Es geschicht also die Auslifferung nicht zu dem Ende, daß der Mayer nach des Julii Clari Meynung loc. cit. allda verbleiben, sondern ein solche Satisfaction geben müsse, welche er vor der Entlassung dem Recht nach zu geben schuldig ist, weilen sonsten, wann die Auslifferung zu dem Ende abzihlete, daß der flüchtige Mayer in dem verlassenen Guth beständig verbleiben müste, er für einen wahrhafften Leibeignen zu halten wäre, dergleichen doch unsere Bauern notorisch und kundbar nicht, sondern freye Leuth seynd, die nach abgelegter Satisfaction anderstwohin sich zu begeben die vollständige Freyheit haben, wie sattsam wir erwisen haben.

11. Sechstens ist zu notirn, daß das bißhero gesagte absonderlich Platz finde, wann der Mayer mit seiner gantzen Familie, Weib, Kind, Vieh, und allen Haußrath heimlich ohne Vorwissen und Willen weggehet. Was ist aber Rechtens, wann der Mayer allein flüchtig wird, und Weib und Kind, samt gantzer Familie dahinten last, auch nach Jahr und Tag nicht zuruck kehrt? und unser Art. macht einen Unterschid, ob der Mayer wegen einer Missethat, oder ohne Argwohn eines Verbrechens entwichen. In dem ersten Fall verliehrt der Flüchtling wegen der Missethat, wann er inner Jahr und Tag nicht zuruck kommt, sein Recht, welches nicht dem Grund-Herrn, sondern dem Territorial-Herrn zu fallet, nach Innhalt des 9. und 10. Art. part. 4. Der erklärten Lands-Freyheit, wovon wir seiner Zeit, wann GOTT will, ein mehrers sagen werden.

In dem andern Fall aber, wird das Erb-Leib-oder anders dergleichen Recht caduc, und fallt dem Grund-Herrn zu, doch mit Vorbehalt daß denen Glaubigern zu stehenden Rechten, wie wir kurtz zuvor gesagt haben. Also lautet der Unterschid des Art. Unterdessen doch ist nur gar zu wahr, daß, es mag die Abweichung oder Flucht vom Guth entweders wegen begangener Missethat, oder wegen des Præjudiz des Grund-Herrn geschehen seyn, und also das Guth entweders dem Territorial Herrn als fiscalisch, oder dem Grund-Herrn als caduc zufallen, jedoch allzeit zuvor aus der Glaubiger Rechten zu sehen seye, also daß in disem Art. in einem Begriff der Glaubiger Schadloßhaltung hätte entworffen werden können, dann weder der Fiscus, noch der Grund-Herr kan wegen der Flucht des Mayers denen Glaubigern zu Schaden seyn, wie wir diß alles genauer auslegen werden, wann wir zu besagten art. 10. part. 4. Der erklärten Lands-Freyheit kommen werden. 12.

Letztlich wird beygetruckt, daß ein solcher Mayer, der nicht wegen eines Verbrechen, oder Missethat (zumahlen wegen Bestraffungen anderstwo zu reden sich Platz geben wird) sondern aus Muthwillen um den Grund-Herrn zu scheren und zu vexiren heimlich darvon gehet, sein Leben-Lang müsse relegirt seyn und bleiben, welches eine schwehre Straff ist, welche dergleichen halsstärrige Leuth ihnen selbsten aufbürden; dann wir haben kaum einmahl gesehen, daß unsere Bayrische Unterthanen eine Straff mehrer förchten als die Relegation, weilen sie ihren Nudlen und Knödlen und dem guldenen Vatterland also angewohnt seynd, daß sie darvon kaum können abgesondert werden. Vor 40 Jahren da nach ausgeruffenen Friden der Bauern Ehehalten so insolant worden, daß sie denen Bauern des Lohns halber, an Haar, Tuch, oder Leinwath, Schuh und andern dergleichen Gesatz verschreibeten, und wann ihren Muthwillen kein Satisfaction geschahe, in der Menge in Schwaben und Francken auslauffeten, ist aus meiner Einrathung ein Churfürstliches Decret publicirt worden, daß alle sollen auf ewig relegirt seyn, wann sie sich nicht auf eine gewisse Zeit wieder stelleten, und in ihrem Vatterland Dienst thäten, welches Decret eine solche Wirckung gehabt, daß man dergleichen Leuth genug hat haben können. Jenes doch, was zuvor von einem solchen Mayer, der mit Weib, Kinder, seiner Familie und allen Hauß-Rath, auch Bau-Manns Fahrnuß entwichen ist, ist auch von einem Mayer zu verstehen, welcher seine Familie und Armuthey verlassen, und allein darvon gangen ist, das ist, wann er dem Grund-Herrn vollständige Satisfaction gegeben, sein gerechtsame rechtsbehörig resignirt, und den Consens unterthänig ausgebetten hat, wegen Strengheit des Herrn doch solchen Consens, obwohlen er solchen zu ertheilen schuldig ist, nicht hat erhalten können. Dann ein solcher Flüchtling muß fürwahr für relegirt nicht gehalten werden, sondern 13.

dern kan um sein Recht auszuführen billich den Salvum Conductum begehren. Dann es ist denen Grund-Herrn nicht also zu favorisiren, daß denen Unterthanen und Bauern ein Unrecht zu gestossen werde.

Der siebenzehende Articul.

Als den Grund-Herrn von ihren Bauers-Leuthen die auf den Güthern Gerechtigkeit haben, vil merckliche Beschwerungen begegnen, nehmlich daß dieselben Bauers-Leuth zu Zeiten, die Güther nach lauth ihrer Stifft-Brieff nicht halten, sondern die Häusser, Städel, Ställ, und andere Zimmer zergehen, und zerfallen lassen, die Aecker und Wißmad nicht wohl anbauen, noch dungen, die Fend auf den Gründen verkauffen, auch mit Erschlagung und Verschwendung der zugehörigen Höltzer, und in ander Weeg dermassen handlen, daß sie die Güther dardurch zu mercklicher Abnehmung, und Erödigung bringen, und darüber dem Grund-Herrn das Recht bieten. Dieweil aber solche Recht-Bott im Grund nichtig, und aus Muthwilligkeit, auch Verlängerung der Sachen beschehen, damit sie mittler Zeit, die Güther desto mehr, der Herrschafft zu Nachtheil eröden mögen, so soll demnach solch Recht-Bott verworffen, und mit nichten zu gelassen werden, sondern auf desselben Grund-Herrn Ersuchen, ein jeder Richter des Orths, da das Guth liegt, einen Tag in Monaths-Frist fürnehmen, solchen beyden Partheyen verkünden, und von Amts wegen drey Persohnen der Sachen unverwohnt, ungefährlich darzu verordnen, die, auf ihren geschwohrnen Eyd, solch Guth zu Dorff und zu Feld nach Nothdurfft besichtigen, und wo sich bey demselben erfindet, daß der Mayer seinem Grund-Herrn zu Nachtheil, und Schaden, wie obstehet, und also anderst, weder ihme sein Brieff zu geben, mit dem Guth gehandlet hätte, so soll alsdann derselbe Richter dem Grund-Herrn sein Guth, von demselben Mayer ledig und frey erkennen, sprechen, und schaffen, nehmlichen, das abzutretten, und auf die 4. Tag, welche wir oben gemeldet, nach 14. Tagen nach Lichtmessen, ihren Anfang nehmen, zuraumen, mit Darlassung Guths-Bericht, und andern wie sich jedes Orths gebührt, und der Brauch ist. Auch Wiederkehrung und Erstattung des Unkostens und Schadens, den der Herr deßhalben am Guth oder sonsten gelitten hätt. Es soll auch der Richter denselben Mayer, so fern er das also in der Güt nicht thun wolt, mit fäncklicher Annehmung darzu halten, und den Grund-Herrn, auch die drey obbemeldte Besichtiger vor ihme in allweg genugsamlich versicheren; Wäre aber das Guth in einer Hoff-March, und der Hoffmarchs-Herr selbst der Grund-Herr, so mag er die Gebühr gegen den Unterthanen fürnehmen, woher aber der Unterthan vermeynet, beschwehrt zu seyn, stehet ihme bevor bey dem Lands-Fürsten, oder dessen Vicedomben, um Commissarios anzuhalten, und wofern dieselbige nicht aus Mittel der Fürstlichen Räth, sondern Beamte auf dem Land geordnet wurden, soll man solche ordnen, deren sich kein Theil zu beschwehren habe. Doch soll dise Verordnung und Handlung dem Hoffmarchs-Herrn, an seiner Hoffmarchlichen Gerechtigkeit ohn Schaden seyn. Und was diß Orths von dem Hoff-Marchen gemeldet ist, soll auch also gehalten werden, wann der Stritt ist, wegen eines einschichtigen Guths, darauff jemands die Hoffmarchs-Gerechtigkeit hat. Es soll auch dem, welcher diß Orths und nothwendig Stritt erweckt, die Erstattung und Wiederkehrung des Unkostens auferlegt werden.

Summa-

Summaria.

1. Ob die Abschlaipffung eine Ursach seye, daß das Guth caduc werde?
2. Wann der Abschlaipff nicht bekannt ist, welcher gestalten Summarisch durch den Augenschein zu verfahren seye?
3. Welcher gestalten diser Proceß bey denen Grund-Herrn, die zugleich die Jurisdiction haben, übel nicht beobachtet werde?
4. Ob dise Herrn über die Caducität und also in eigner Sach sprechen, und den Mayer eignen Gewalts austreiben können.
5. Welcher gestalten diser Augenscheins-Proceß ohne ordentlichen Beweiß-Proceß auch bey höchsten Gerichten zu observiren seye?
6. Ob die Besichtiger müssen ohnpartheylich und beeydiget seyn?
7. Ob ein Exception wider die Commissarios der höchsten Gerichter anzunehmen, und selbe zu verwerffen?
8. Ob die Commissarii müssen ebenfalls beeydiget seyn, wie die Besichtiger?
9. Wann die Verschlaipffung erwisen worden, zu was Zeit der Mayer abweichen, und was er vor seinen Abtritt thun müsse?

Bißhero haben wir etliche Casus gehabt, bey welchen unserem Land-Recht nach von denen Bauern, so an denen Güthern eine Gerechtigkeit haben, die Caducität verwirckt werde, nehmlich und erstlich wann sie ihre Gerechtigkeit ohne Vorwissen des Herrn veräusseren. 2. Wann sie mehr Recht veräusseren, als sie gehabt haben, das ist, eine wahre Erbs für eine Leibs-Gerechtigkeit, oder eine Leibs-Gerechtigkeit für eine veranleite Frey-Stifft. 3. Wann ein Erb-Recht entweders gantz oder zum Theil für eigen veräussert wird. 4. Wann solches Recht weiters zu einem affter Erb-Recht verliehen wird. 5. Wann solches verpfändt oder verhypotheciret wird, und in allen disen Fällen die wirckliche Einantwortung der Sachen geschehen ist. 6. Wann der Mayer heimlich und ohne Vorwissen und Willen des Herrn entweders mit seiner gantzen Familie Hauß und Baumanns-Fahrnuß davon gehet, oder 7. Der Mayer allein davon gehet, und sein Familie dahinten last, und inner Jahr und Tag nicht zuruck kommt. Jetzt in di-
1. sem Art. wird von der achten Caducität gehandlet, welche in der Abschlaipffung des Erb-Rechten Guths bestehet. Dann obwohlen Ant. Fabar in suo Cod. de jure emphyt. defin. 52. behaubten will, daß ein Mayer deßwegen nicht könne davon gejagt werden, weilen er das Guth mißbraucht, weilen vilmehr zu trachten, daß der Contract erfüllet, als daß er aufgehoben werde, wie wir oben schon öffters ermahnet haben, absonderlich weilen in L. 1. Cod. de jure emphyt. ein Hülffs-Mittel zu dem Ende enthalten ist, daß der Mayer als ein guter Hauß-Vatter die Sach gebrauchen, oder vom Contract abweichen solle. Jedoch, weilen die Novell. 120. cap. 8. und Auth. qui rem Cod. de ss. Eccles. insonderheit verordnet, daß ein Mayer, der ein Kirchen-Guth besitzet, wann er solches abschlaipffet, seines Rechts beraubt werden könne, so ist die gemeinere Meynung, daß dises auch Platz habe bey einem Mayer, der ein weltliches Guth besitzet, weilen eine gleiche Ursach bey beyden obwaltet. Hart. Pistor. Lib. 1. quæst. 28. n. 1. & seqq. Corbul de jure emphyt. cap. 13. ab initio. Dessen ist die Ursach, weilen die Substanz des Erb-Rechtlichen Contracts ist, daß ein unfruchtbahrer Grund soll fruchtbahr gemacht werden, oder der gebaute Grund im baulichen Stand solle erhalten werden, daß also billich der Mayer die Caducität verwircket, welcher der Natur und Weesenheit solchen Contracts widerstrebt, und dahero kommt es, daß der Articul sehr bedauret, daß denen Grund-Herrn in ihren Güthern von denen Mayern vile merckliche Beschwerungen verursacht werden, nehmlich: 1. Daß sie ihre Güther nicht nach laut der Stifft-Brieff unterhalten. 2. Die Häuser, Städel, Stähl, und andere Gebäu zu Grund gehen lassen. 3. Daß sie die Aecker und Wisen zu gebührender Zeit nicht tungen und bemayern. 4. Daß sie die noch auf dem Feld stehende Früchten verkauffen. 5. Die Wälder aushauen, und untertreiben, und endlich daß sie auf andere Art und Weiß unleidentlichen Unterschlaipff der Güther verursachen; nichts destoweniger doch so keck und und halsstärrig seynd, daß sie ihre Herrn, so dergleichen Excess nicht leiden wollen, verklagen 2c. Dahero dann vor allem der Art. verbiettet, daß solch boßhaffte Klagen der Unterthanen bey Gerichteren nicht sollen angenommen werden, weilen sie wider den Respect lauffen, welchen dergleichen Unterthanen ihren Herrn zu erweisen schuldig seynd, hernach, weilen dergleichen Klagen meistens zu keinem andern Zihl, und aus keinem andern Absehen angestellet werden, also, damit dise schalckhaffte Leuth unter wehrenden Proceß die Güther mehrers ausmörglen, und zu Grund richten können.

Damit doch die Unterthanen und 2.
Bauern, da der gerichtliche Proceß aufgehoben ist, sich mit Billichkeit wegen Abgang der Justiz nicht beschwehren können, so schreibet unser Art. eine Summarische und kurtze Manier dißfalls zu verfahren, daß

daß nehmlich auf Ansuchen des Grund-Herrn der Richter des Orths, unterdessen Jurisdiction das Guth liegt, eines Monaths gewissen Tag benennen, und denen Partheyen zu Vernehmung eines zu Dorff und Feld nöthigen Augenscheins zu wissen thun müsse, solcher gestalten, daß von dem Richter von Ambts wegen drey Persohnen, so Amt Stritt-Handel keinen Theil haben, getreulich bestellt, und selbe beeydiget werden sollen, daß sie nach gehaltnen Augenschein eydlich aussagen sollen, was für Mängel sie überall gefunden haben. Auf welche Aussag ohne weitern Proceß dem Richter auszusprechen oblieget, ob der Mayer dem Stifft-Brieff zu wieder gehandlet habe? und muß, nachdeme der Schaden und der Abschlaipff entdeckt worden, also gleich das Guth für verwirckt, oder wie der Articul redet, für frey ledig erklären, und dem Eigenthums-Herrn zu erkennen. Welch Summarischer Proceß jedoch schier nirgends beobacht wird, sondern es seynd mit dergleichen gleichsam unsterblichen Strittigkeiten alle niedere und höchste Gericht angefüllet.

3. Dise Art zu verfahren kan leicht beobachtet werden, wann das im Stritt stehende Guth so wohl an Seiten des Grund-Herrns als an Seiten des Mayers einerley Jurisdiction unterworffen ist, wann aber der Eigenthums-Herr selbst Richter ist, weilen villeicht der Mayer in seiner Hoff-March ansessig ist, oder, weilen der Herr der adelichen Freyheiten fähig ist, und der Mayer seiner Personal Jurisdiction untergeben ist, wovon wir schon oben gesagt haben, und zu End dises Articuls mehrer folgen wird, wird nichts wenigers als dise heilsame Verordnung beobachtet. Weilen meistens die Herrn in Krafft ihres Gewalts, und ihrer Jurisdiction die arme Bauern austreiben, und unendliche Klagen und Strittigkeiten Gelegenheit geben. Weilen die beschwehrte Bauern zu höhern Gerichten ihr Zuflucht nehmen, wo die ordinari Proceß erkennt, denen Partheyen die Prob-Führungen auferladen, und die Stritt-Händel gleichsam verewiget werden, also daß wir kaum einmahl gesehen haben, daß man nach Innhalt dises Art von Ambts wegen gleich verfahren, Augenschein angestellt, und auf die eydliche Aussagungen ohne weiters gesprochen worden seye. Welches von darumen ungerecht und unleidentlich ist, weilen solche Eigenthums-Herrn in eigner Sach sprechen, die Güther eigenmächtig für caduc erklären, und an sich ziehen, daß offt ein oder der andere Mayer crepirt, ehe er bey höhern Gericht Hülff findet. Solten also die höhere Gericht also gleich, als ein solche Beschwerde auf Weiß einer Appellation angebracht worden, vom ordinari Proceß abstehen, zu Einnehmung des Augenscheins Commissarii ernennen, und nach der Zeugen eydliche Aussagungen wegen des Abschlaipffs kürtzlich, was recht und billig ist, aussprechen. Weilen in der That sehr hart ist, daß diser Summarische Proceß solle vernachläßiget werden, der doch absonderlich zu Favor der Grund-Herrn eingeführt worden, und denen Eigenthums-Herrn gestattet wird, daß sie in eigner Sach über die Caducität können Richter seyn, und die Güther an sich ziehen, und die arme Bauern den ordinari Proceß zu ergreiffen, der zu Zeiten auf mehre Jahr hinaus dauret, zwingen; wir haben oben gesagt, es seye des gemeinen und Bayrischen Land-Rechts wahrhafftere Sentenz, daß, obwohlen in etlichen gewissen Fällen der Mayer ausgetrieben werden könne, solches doch aus des Richters, und nicht aus des Grund-Herrn Authorität geschehen müsse, welches auch unser Art. bestättiget, und wir in so weit erstrecken, daß, obwohlen wir jenem, der über seinen Mayer die ordentliche Jurisdiction hat, in denen erlaubten Fällen den Gewalt den Mayer auszutreiben, nicht disputirlich machen, weilen unser Art. in dem Wort. Doch soll denen Hoff-Marchs-Herrn, und denenjenigen, die der Edelmanns-Freyheit fähig seynd, ihre Jurisdiction ausdrucklich vorbehal ten, doch alle Tag zwey Excess geschehen, welche auf keine Weiß können gedultet werden. 4.

Das erste ist, daß, wann der Mayer zum höhern Richter appellirt hat, dergleichen Herrn doch zum austreiben mit der Execution verfahren. Obwohlen wehrender Appellation nichts neuerliches anzufangen ist. L. unica Cod. de in integrum restitut. cap. non solum. 7. de appell. in 6to. Und zwar sub poena attentatorum L. constitutiones. 16. ff. de appellat. Venat. de appell. fol. nobis. 346. Der andere ist, daß die Eigenthums-Herrn, so die Jurisdiction haben, die in disem Art. so sorgfältig vorgeschriebenen Art zu verfahren nicht halten, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, daß auch bey höhern 5.
Gerichten dise Art zu verfahren vernachlässiget werde, und gleichwie bey denenselben meistens dem ordiarni Prob-Fürungs-Proceß, worunter der Stritt zu den Mayern grossen Schaden lang verzögert wird, Platz gegeben wird, also thun auch die Grnnd-Herrn, so die Jurisdiction haben, ihnen selbsten und ihrem Gewissen zu vil trauen, und die Mayer austreiben, ehe und bevor sie über den Abschlaipff ihrer Güther durch Augenschein, und eydliche Aussagungen eine Information eingezogen haben, welches unsers Erachtens nicht

zu gedulten ist. Dann obwohlen solchen befreyten Grund-Herren in unserem Art. ihre Jurisdiction vorbehalten ist, so ist diß also nicht zu verstehen, daß deswegen sie ausgenommen seyn sollen, von dem vorgeschribenen Summarischen Procefs, der zu kürtzlicher Einziehung der Wahrheit vorgeschriben worden. Dann der Richter muß sprechen secundum allegata & probata. Und nicht nach eigenem Wissen, weilen er nicht aus eines jedwederen Privat-Menschen Anbringen, sondern aus eigenen Eingeständnussen, eydlichen Aussagungen, und anderen Umständen sein Urtheil schöpffen muß. Cap. in præsentia 7. X. de renunciat. L. illicitas 6. §. veritas 1. ff. de officio Præsidis. Wesenbec. de prob. n. 10. Gail. 1. obs. 42. Venat. fol. nobis 105. Weilen der Richter in seiner eigenen Meynung fehlen und betrogen werden kan, also daß er keine gewisse, sondern eine fehlbare Wissenschafft hat, absonderlich, weilen bey dergleichen Händel von seinen eigenen Nutzen zu thun ist, also daß der Eigennutz die Wahrheit weit unterdrucken kan. Und eben dises ist die Ursach, daß unser Art. dem Mayer die Freyheit laßt, daß er, wann er sich von seinem Herrn beschwert zu seyn befindet, vom höheren Richter dergleichen Besichtiger und Commissari begehren kan, welche durch disen kürtzesten Weeg durch den Augenschein die Wahrheit ergründen und dem höheren Richter zu Fällung des Urtheils hinterbringen sollen. Welches ja die höhere Richter genau beobachten sollen, weilen durch die ordentliche Prob-Führungs-Procefs die Justiz gar zu lang verzögeret wird.

6. In jedwederem Casu aber, es mögen die Besichtiger vom ordentlichen Land-Richter, oder anderen niederen Richter, oder auch vom Eigenthums-Herren selbsten, wann er die Jurisdiction hat, bestellet, oder Commissarii von höchsten Gerichtern ernennet werden, so seynd solche zu erwählen und zu erkiesen, auf welche kein wiedriger Argwohn fallen, oder von denen Partheyen, dieselbe wegen einer rechtmässigen Ursach verworffen werden können. Die Ursach ist, weilen solche Besichtiger die Stell der Zeugen vertretten. Gleichwie nun die Zeugen nicht vollständig probiren, denen eine billiche Ursach sie zu verwerffen entgegen gesetzt werden kan, also auch dergleichen Besichtiger, daß also der Richter nicht übel thut, wann er die Einschätzer mit Vorwissen und Willen oder Genehmhaltung der Partheyen bestellet, damit nicht nach deren Aussagungen über ihre Unfähigkeit oder deren Verwerffung solche Einwendungen entspringen, welche wider die Intention dises Art. den Handel mehr verlängern, als kurtz auszumachen helffen.

Aus disem Art. doch ist zu mercken, daß wider die aus dem Mittel der höchsten Gerichter ernennte Commissari die Verwerffungs-Exception so leicht zuzulassen seye, weilen bey ihnen wegen Ubermaß des guten Vertrauen und Glauben all wiedriger Argwohn weichet. Wir haben gesagt so leicht nicht, dann, weilen zu Zeiten auch bey denen höchsten Gerichtern einige gefunden werden, welche denen streitenden Partheyen, ja zu Zeiten auch denen Bauern selbsten befreund oder verschwägert seynd, so zweiffelt niemand, daß nicht auch solchenfalls, wann solche aus Unwissenheit und einem Fehler deputirt worden, die Recusations-Exception Platz haben könne. Aus Ursach, weilen die Recusation eine Gattung der Defension und also favorabl ist, daß nichtmahlen dem Lands-Fürsten erlaubt ist, die Recusations-Gutthat, welche der Natur nach Platz hat, aufzuheben. Ayrer in seinem Historischen Procefs part. 1. cap. 2. Observ. 2. n. 3. 7.

Wann du fragest, weilen oben gesagt worden, daß dise Geschauer, und ihre Aussagungen eydlich seyn müssen, ob nothwendig seye, daß auch von Commissariis, so von höchsten Gerichtern ernennet worden, ihre Relation eydlich müsse abgelegt werden? Wir antworten mit Nein: Aus Ursach, dann entweders werden aus denen höchsten Gerichteren einige Commissarii ernennet, oder es wird die Commission, wie es der Brauch ist, einem Beambten, unter dessen Gerichts-Zwang das in Strit verwicklete Guth lieget, übergeben, in solch beyden Fall seynd die Commissarii sonst schon Ambtshalber, und folglich auch auf dergleichen Geschäfft beeydiget, disen, welche über eine ihr Ambt angehende Sach referiren und berichten, wird ohne weiteren Eyd geglaubt. Hernach seynd dergleichen Besichtiger, wie wir vor gesagt haben, statt der Zeugen. Wann also du setzest, daß solche Hof-Räth oder Beambte in Würden stehen, so seynd sie vom Zeugen-Eyd befreyet, wie wir an vilen Orthen, absonderlich aber bey dem 15. Art. des 7. Tit. des Summarischen Procefs ausgeführet haben. Endlich wann eine solche Commission vom höchsten Gericht erkennet wird, pflegen die Commissarii andere in dergleichen Geschäfften erfahrne anstatt ihrer zu benennen, die den Augenschein einnehmen, und darüber ihre eydliche Aussagungen ablegen, aus welchen nachgehends die Commissarii die Relation verfassen und übergeben, also daß auch solchenfalls die eydliche Zeugschafft nicht abgehet. 8.

9. Nachdeme aber durch den bißhero ausgelegten kürtzlich vollbrachten wegen der durch Abschlaipffung verjebten achten Caducität gesprochen worden, muß der Mayer nicht also gleich ausgetriben, sondern die Execution biß auf gelegene Zeit verschoben werden, wo bey denen Bauern-Güthern die Veränderung absonderlich bey denen Ehehalten zu geschehen pflegen, und dise Zeit seynd jene 4 Tag, wie unser Art. wiederholet, welche 14. Tag nach Liecht-Meß verstreichen, und den 16. Febr. anfangen, und den 19. desselben sich endigen, dessen haben wir bey dem 13. Art. die Ursach gegeben, wohin wir den Leser verweisen. Der Art. setzt noch bey, daß der zur solchen Zeit abtrettende Mayer vor allem den Guths-Bericht hinterlassen müsse, wovon wir auch bey dem 13. Art. genugsam geredet haben; hernach muß des Abschlaipffs halber erwiesene und condemnirte Mayer vor seinem Abtritt dem Herrn die billigmäßige Satisfaction geben, und allen Schaden und Interesse, welchen der Herr wegen abgeschlaipfften Guth leidet, ersetzen, und endlich so lang eingelegt werden, biß er dem Spruch gehorsamt, und, weilen dergleichen Leuth meistens bedrohlich seynd, müssen sie zur Sicherheit der Grund-Herrn und der Besichtiger eine genugsame Caution geben, welche, wann sie nicht geben können, werden sie ausser Land verwisen, welches wir oben also erklärt haben, daß solches hier zu wiederholen nicht nöthig ist.

Aus bißherigem also erhellet, was für eines Fleisses und Fürsichtigkeit in diser Materi, in welcher der hauptsächliche Wachsthum unsers Vatter-Lands bestehet, unsere Land-Recht sich bedienen, damit nehmlich die Unterthanen von denen Grund-Herrn nicht unterdruckt werden, noch die Mayer stoltzieren, und die Grund-Herrn, denen sie alle Ehr und Respect schuldig seynd, verachten und auf die Seit setzen, oder ihrer nur schertzen, sondern ein solche Gleichheit beyderseits gehalten werde, damit dem Herrn nicht reue, dem Mayer ein Gutthat erwisen zu haben, noch auch dem Mayer eine Reu ankomme, die Gutthat angenommen zu haben, fast nicht anderst als in Böhmen und anderen Orten, wo dergleichen Leuth um ein schlechtes besser gehalten werden, als das Vieh, werden also ausgesauget, und tractirt, daß ihnen der Todt ein Trost, und das Leben ein Straff ist.

Letztlich werden die Gerichts-Kösten, damit abermahlen unter beyden Theilen eine Gleichheit gehalten werde, jenen zu bezahlen auferlegt, der dem Strift Ursach gegeben hat, dann es ist gemeiniglich Rechtens, daß ein frevelhaffter Strittling in die Unkösten müsse verfellet werden.

Der achtzehende Articul.

Item es soll auch füran kein Frey-Stiffter, Leib-Gedinger, oder der Erb-Gerechtigkeit, oder Herren-Gunst hat, auf einigen Guth kein Holtz, es sey zum Zimmern, Zäunen, Brennen, oder anderen Sachen mehr abschlagen noch hingeben von dem Guth, ausserhalb seines Grund-Herrns Wissen und Willen, und sonderlichen, daß ihme sein Her schafft dasselbige Holtz, wie vil er abschlagen soll, darvor eigentlich ausgezeigt habe, welches dann der Herr zu rechter Zeit, und fürderlich, so vil des Guths Nothdurfft erfordert, thun soll; Welcher das überfahren, und nicht halten würde, der soll sein Gerechtigkeit bey dem Guth, darzu das geschlagene Holtz gehöret, verworcht und verlohren haben, auch dessen ohn weitere Rechtfertigung entsetzt werden. Dergleichen soll der Frey-Stiffter darum auch entsetzt werden, und darzu seinem Stifft-Herrn den Schaden, so er ihme mit Verwüstung, oder Abschlagung solches Holtzes gethan hat, nach der Nachbauren, oder Obrigkeit-Mässigung zu wiederkehren schuldig seyn.

Summaria.

1. und 3. Ob der Mayer eine *Caducitat* verwürcke, wann er die Waldungen mißbraucht?

2. Ob der Mayer zu Verkauffung des gehackten Holtz des Grund-Herrn *Consens* nothwendig haben müsse?

4. Ob auch dem Bauern bey Straff der *Caducitat* verbotten seye fruchtbare Bäum umzuhauen?

5. Ob zum Beweiß der verwüsten Waldungen auch der Augenscheins-Proceß nöthig seye?

6. Wie

6. Wie vil Stück erforderlich seyen, daß ein Guth wegen des Abschleipfs *caduc* werde?
7. Wann der Mayer daß Hauß, Stall, und Stadel last zerfallen, ob er eine *Caducitat* auswürcke?
8. Ob die Verkauffung der auf dem Feld stehenden Früchten eine *Caducitat* verursache?
9. Ob auch wegen der Abschleipf der Beständner sein *Personal*-Recht verliehre?

1. NUn folget die neunte Caducitæt, welche jene Mayer begehen, welche die zu ihren Güthern gehörige Waldungen mißbrauchen. Diser Mißbrauch geschihet zweyfach; Erstlich wann der Mayer das gehackte Holtz ohne Vorwissen und Willen des Grund-Herrn anderen verkaufft, oder andertens solches zwar zu seiner Nothdurfft, zum Exempel zur Reparation der Dachungen, zu Einzäunung der Aecker, und zum Brennen &c. aber ohne Consens des Herrn umhauet. Dann, was den ersten Casum betrifft, so scheinet es zwar, daß ein jeder Mayer, absonderlich ein Leib-Rechter, welchen D. Rath einen Nutz-Niesser nennet, den Gewalt habe Holtz zu hacken, und zu verkauffen, wie der Nutz-Niesser, weilen in L. item si 9. ff. de usufructu. Trebatius sagt, daß ein Nutz-Niesser den Wald abhauen, wie solchen ein Hauß-Vatter abhauete, und NB. verkauffen könne, wann schon der Hauß-Vatter nicht pflegte das Holtz zu verkauffen, sondern selbst zu gebrauchen. Weilen aber unsere Mayer keine Nutz-Niesser seynd, wie wir schon öffters gesagt haben, sondern ihre Güther nicht anderst zu nutzen und zu niessen empfangen, als zur Hauß-Nothdurfft, so ist vor sich selbsten klar, daß sie aus denen Waldungen und gehackten Holtz keinen Gewinn suchen noch haben können, welches in unserem Vatterland eyfrigst beobachtet wird. Oben haben wir gesagt, daß wir einen Mayer gehabt haben, der aus unseren Wäldern auf alle Jahr so vil Holtz forderte, daß der Werth desselben den Werth der jährlichen Gült übersteigete: Also im Gegenspil haben wir einen anderen Bauern gehabt, der mit unseren Vorfahrer wegen freyen Verkauff des aus unseren Wälderen geschlagenen Holtz einen mehr als 10.-jährigen Stritt-Handel gehabt, der doch alle Jahr so vil Wägen Holtz verkauffete, daß er mit dem erlösten Geld nicht allein die jährliche Gült und andere Herrschafftliche Schuldigkeiten abführen, sondern noch darüber nicht einen geringen Gewinn in Sack schieben können. Welches das ungerecht seye, jederman sihet, weilen dergleichen Erb-Gerechtigkeiten, so zum Gebrauch überlassen worden, nicht mißbraucht werden müssen. Es scheinet zwar, daß unser Art. also verfast worden seye, daß die Verkauffung des Holtz allein ohne Vorwissen des Grund-Herrn verbotten, also daß der Herr zwar hierum ersuchet, sein Consens doch nicht erfordert werde. Uns kommt doch der Art. gantz klar vor, daß, obwohlen nach Innhalt dessen, was wir kurtz hernach sagen werden, diß wahr seye bey Abgebung der Höltzer, welche der Bauer zur Haußhaltung, und zur Unterhaltung der Aecker und Wisen nöthig hat. Doch die Verkauffung, so nur Gewinns halber geschicht, gäntzlich verbotten seye. Welches das der Art. in Vers. Welches dann genugsam an Tag lege, anscheinet. Dann sihe, im Eingang des Art. wird insgemein verordnet, daß die Mayer aus ihren Wälderen ohne des Grund-Herrn Vorwissen und Willen, und, welches absonderlich zu notiren ist, ohne Auszeigung der Bäum weder zum Verkauffen, noch zur Hauß-Nothdurfft keine Höltzer hauen sollen. In welchem der Art. præsupponirt, daß der Grund-Herr dem Bauern auch zu Verkauffung des Holtz nach Proportion der Auszeigung die Erlaubnuß geben könne, welches niemand widersprechen wird, weilen er über den Wald Herr ist; Aber im Vers: Welches dann, wo verordnet wird, daß der Herr zu rechter Zeit die Bäum auszeigen müsse, wird absonderlich beygesetzt, daß allein so vil Holtz ausgezeiget werden müsse, so vil des Guths Nothdurfft erfordert. Aus welchen Worten Handgreifflich sich ergibet, daß zwar der Grund-Herr schuldig seye für des Guths-Nothdurfft, nicht aber zum verkauffen das Holtz auszuziegen. Ist also 3.
Krafft dises Art. gar gewiß, daß ein Mayer, wann er nicht einen ausdrucklichen Consens vom Grund-Herrn hat, aus seinem Wald nicht einen Block verkauffen könne, und, wann er solches ohne den Herrn darum ersuchet zu haben, thut, und dem Guth, wie wir nachgehends sagen werden, einen nahmhafften Schaden zufüget, die Caducitæt verwürcket, welche heilsamste Verordnung ist bißhero nicht genau genug beobachtet worden, weilen die höhere Gerichter, obwohlen wir öffters darwider gewesen, sich eingebildet haben, daß nach disen Kriegs-Zeiten in ihren Gewalt seye, daß sie über dise gar zu harte Rechts-Schärpffe, wie sie sagten, dispensiren können. Ein Exempel ist unserem Vorfahrer begegnet, daß, da sein Mayer ohne sein Vorwissen und Willen 300. Bäum umgehauen, selbe zu Scheitter gemacht und Wägenweiß verkauffet hat, von der Landshutischen Regierung zwar in die Caducitæt verfället, von dem Churfürstlichen Hof-Rath aber von der Ca-

Caducitæt freygesprochen, und für jeden Baum um 12 Kreutzer gestrafft worden, welche Straff über 60. Gulden ausgemacht hat, welche weilen er nicht hat bezahlen könn??, so hätte er doch vom Guth müssen, wann nicht der nachgefolgte Grund-Herr aus Barmhertzigkeit dem Bauern nen namhafften Nachlaß gethan hätte. Ob aber dise Verordnung von solcher Schärpffe seye, daß die höhere Gerichter, wie sie ihnen einbilden, wegen verwichenen Kriegs-Zeiten, ein Recht zu dispensiren haben sollen, stehen wir sehr an, weilen hingegen sehr unbillich ist, daß denen Mayern erlaubt seyn solle, dem Herrn für seine Gült von seinen eigenen Holtz erlösten Geld Satisfaction zu geben, die übrige Früchten alle aber in ihren eigenen Nutzen verwenden zu können, wovon bald hernach sich die Red wieder ergeben wird. Der andere Punct hat eine geringere Beschwärnuß, dann weilen der Mayer nicht allein zu Unterhaltung seines Hof-Guths, sondern auch zu dessen Verbesserung besagter massen gehalten ist, weilen zu solchem Ende dise Erb-Gerechtigkeit erfunden worden, so ist sich nicht zu verwundern, das nach Verordnung des Articuls der Herr zu Ertheilung seines Consens zum Holtz-Schlag verbunden seye: Weilen doch die Erb-Rechte Mayer in disem meistens sich versündigen, daß sie sich einbilden, sie seyen vollständige Herren, und haben über die zu denen Höfen gehörige Waldungen den freyen Gewalt, nach Belieben darein zu hauen, als ist sehr heilsamlich in disem Art. verordnet worden, daß, obwohlen ein Mayer die Nutz-Nießliche Herrschafft hat, und dahero ihme die zur Hauß-Nothdurfft, und zu Unterhaltung der Gebäu und anderer Güther nöthige Gehiltz nicht können abgeschlagen werden, sie doch vom Herrn bey Straff der Caducitæt zu Hauung des Holtz und zu dessen Auszeigung den Consens erhollen müssen, daß also in dem ersten Casu das Holtzmachen völlig, in dem anderen Casu aber ohne des Herrn Auszeigung verbotten ist, welche Auszeigung doch zu gelegner Zeit der Herr thun muß.

4. Aus welchem die Folge ist, wann das Holtzmachen in Wäldern, welche keine Frücht bringen, so scharpf, nemlich, bey Straff der Caducitæt verbotten ist wie vilmehr sündigen jene, die fruchtbare Bäum in denen Gärten allein zu dem Ende gäntzlich aushauen und ausreithen, und in die Gärten-Früchten säen, damit sie den Herrn um die Baum-Früchten, welche dem Herrn in Contract entweders allein oder gemeinschafftlich mit dem Bauern vorbehalten worden, betriegen, wider welche wir uns beklagt haben in Semicent. 2. controv. 30. wo wir auch disputirt haben, ob dem nachfolgenden Herrn über sothane Caducitæt zu handlen, noch ein Recht vorhanden seye, wann der vorige Grund-Herr solche übersehen und nichts destoweniger die jährliche Gülten angenommen hat. Wohin wir den Leser verweisen.

Du wirst fragen, warum in vorgehenden Art. da unter dem Herrn und dem Bauern wegen einer die Caducitæt nach sich ziehenden Abschlaipffung der Stritt obwaltet, ein so mühesamer Process durch den Augenschein vorgeschriben werde, hier aber in Vers: **Welcher** das ausdrucklich verordnet wird, daß jener, der bey Hackung des Holtz das in Art. vorgeschribene nicht haltet, sondern übertrittet, ohne weitere Rechtsfertigung seines Rechts zu berauben seye? Und wir antworten, daß in vorigen Art. von einer ungewissen und zweiffelhafftigen, in disem Art. aber von einer offenbahren und und unzweyffentlichen Abschlaipffung gehandlet werde, dann eben darumen, weilen die Holtz-Schläg vor Augen ligen, so liegt dem Bauern ob, daß er probire daß solche Holtz-Schläg mit des Grund-Herrn Consens, und dessen Auszeigung geschehen seyen, oder, wann er solches nicht kan erweisen, so wird schon erachtet, daß er die Caducitæt verwürckt habe, daß also kein weitere Recht-Fertigung nöthig ist. Wir bedienen uns des Vortheils und einer Hacken, auf welcher hinten auf dem Rucken unser Wappen gestochen ist, welches wir auf jene Bäum einbrennen lassen, welche wir denen Bauern auszeigen lassen. Auf welchen Stammen nun das Wappen eingebrändter nicht gefunden wird, solche werden für heimlich geschlagen gehalten, wegen welchen die Bauern Rechnung geben müssen, und wann des Herrn Consens nicht kan erwiesen werden, werden sie nach Beschaffenheit und Umständ bestrafft, oder der Herr ziecht das Guth als offenbar Caduc an sich, oder der Richter spricht es ihme zu. 5.

Wir haben gesagt, nach Beschaffenheit der Umständ, aus welchem auf disen und vorgehenden Art. dise Regul zu notiren ist, daß ein Erb- oder Leib-Rechter Bauer nicht wegen einer jedwederen Abschlaipffung seines Rechts beraubt werden könne, sondern erfordert werde, daß drey Stuck zusammen kommen sollen. 1. Daß die Abschlaipfung groß seye, weilen durch ein geringe Abschlaipfung die Gerechtigkeit nicht verschertzet wird, weilen sich um geringste Sach der Richter nicht bekümmert. L. scio. ff. de integrum restit. welches der 17. Art. zu Anfang approbiret. Wo 6.

zu

zu Verwürckung der Caducitæt erfordert wird, daß der Abschlaipf zu mercklicher Abnehmung des Guths gereiche. 2. Daß die Abschlaipfung sich zutrage in der Sach selbst, und nicht in des Guths Früchten, weilen die Früchten in Krafft der Nutz-Nießlichen Herrlichkeit dem Bauern zugehören, welcher ihme selbsten beymessen muß, wann er schlecht hausend solche verderben last. 3. Daß die Abschlaipfung ex dolo, lata culpa, vel levi des Bauerns erfolgt seye, dann, wann sie ohngefähr und unversehens erfolget, so muß der Herr in Krafft der allgemeinen Regul den Schaden büssen. L. pignus. 9. Cod. de pign. act. Und weilen der Erb- oder Leib-Rechts-Contract sowohl zu Nutz des Herrns als des Bauerns geschlossen wird, weil der Bauer den Hof zu nutzen und zu niessen übernimmt, der Herr aber hingegen die Gülten und andere Herr-Schuldigkeiten zu Gewinn hat, so folget, daß die culpa lævissima nicht statt habe: Und wegen disen 3. Puncten lassen wir sowohl denen höheren als nideren Gerichteru die billigmässigen Ermässigung anheim gestellt, nicht aber wann eine grosse Abschlaipffung sich zeigt, wovon wir oben geredt haben, da der muthwillige Bauer über 300. Bäum ausgehauen, und doch für einen schlechten Haus-Mann nicht hat wollen gehalten werden. Corbul. de jure emphyt. cap. 13. n. 24. welchen D. Klingensperg cap. 7. assert. 68. gar zu frey ausleget, da er für einen grossen Abschlaipf allein jenen haltet, welcher ewig dauret, oder in mehreren Jahren nicht kan ersetzet werden, weilen hievon weder Corbulus etwas sagt, noch solches der Vernunfft, oder dem Text unsers Land-Rechts conform ist, weilen der Schaden eben sowohl aus der Abschlaipfung des Guths für einmahl, als aus mehreren Jahren, da solcher nicht kan ersetzt werden, abgenommen werden kan und muß

7. Unser Art. macht drey haubtsächliche Abschlaipfungs-Fäll. Der erste ist, wann die Bauern die in denen Stifft-Brieffen enthaltene Bedingnussen nicht halten, und darwider handlen, welches ja die billigste Ursach ist, den Contract umzustossen, und zwar condictione causâ datâ, causa non secutâ. Dann wann in allen Contracten so bonæ fidei, & stricti juris sunt, vor allem sein muß, daß die abgehandlete Puncten gehalten werden, so ist diß beym Erb- oder Leib-Rechten Contract sehr nöhig, weilen nach Innhalt L. 1. Cod. de jure emphyt. die Aufrichtung der Stifft-Brieff, welche bey anderen Contracten nicht nöthig ist, oder, wann du mit uns reden wilst, zur Substanz des Erb- oder Leib-Rechten Contracts, oder der Pacten genauen Beobachtung erforderlich ist. Dann der, so sein Wort nicht haltet, dem ist auch das Wort nicht zu halten. L. cùm proponas. 21. Cod. de pactis. cap. frustra. 75. de R. J. in 6. Wann also in denen Stifft-Brieffen, wie gemeiniglich geschicht, enthalten ist, daß der Bauer das Hauß, Stadel, Stell, und andere Gebäu, und in solchen alles unterhalten, die Aecker und Wisen zu seiner ordentlichen Zeit bemayeren, ackern, tungen, und dergleichen thun müsse, solches aber unterlaßt, so ist nicht zu zweifflen, daß nicht solche Unterlassung nach eingefallenen Gebäuen oder befundenen Aeckern und Wisen, die Caducitæt bewürcke: Gleichwie auch der dritte Fall, wovon wir erst geredet haben, für sich selbst klar ist, wann der Grund wegen mercklicher Abhauung der Bäum schlechter wird.

Der zweyte Fall aber leydet eine Difficultæt, ob nemlich der Bauer für einen Guths-Abschlaipfer zu halten seye, wann er die Fänd auf den Grüuden verkauffet. 8.
Dann, daß ihme solches erlaubt seye, ist kaum zu zweifflen, weilen er Herr über die Früchten ist, und der Herr das Recht die Früchten einzusammlen, und zu verkauffen hat. L. Domum Cod. de re vend. Und dahero haben wir oben gesagt, daß, obwohlen der Mayer seinen Hof weder aufs neue verleihen, noch die Früchten über 3. Jahr verkauffen, oder vermüthen kan, jedoch ihme die Veräusserung von Jahr zu Jahr, oder auch auf 2. oder 3. Jahr nicht verbotten seye, aus Ursach, weilen nicht præsumirt wird, daß die Veräusserung solcher Gerechtigkeit auf eine so kurtze Zeit sonst so scharpf nicht verbotten seye. Lese den Corbul. loc. cit. cap. 14. ampliat. 49. n. 20. Dahero haben wir gesagt, daß die Verkauffung der noch auf dem Feld stehenden Früchten kein rechtmässige Ursach seye, den Mayer seines Rechts zu berauben. Dann obwohlen der erste und dritte Casus für sich selbst die Caducitæt zu verwürcken genug seynd, so scheinet doch, daß diser zweyte Casus allein eingeflossen seye, um die andere zwey desto greller zu machen, dann der in eine solche Faulkeit verfallet, daß er die Früchten, so er aus Seegen GOttes empfangen hat, nicht nutzen und niessen kan, sondern solche in Ehern feil biethen muß, so ist er ja für einen solchen liederlichen Hauß-Mann zu halten, welcher nach Natur der Erb- oder Leib-Gerechtigkeit den Hof nicht unterhalten, noch besseren kan, und also nicht würdig seye, daß er länger beym Guth gelassen werde. Unterdessen bekennen wir, daß keiner allein wegen Verkauffung der auf dem Feld noch stehenden Früchten für ein oder das andere besondere Jahr die Ca-

Caducitæt verwürcke. Dann es kan sich zutragen, daß der Mayer villeicht um seine Pferdt, oder andere Mittel gekommen, und also verhindert seye die Früchten einzusammlen, oder daß die Feld-Güther so weit entlegen seyen, daß dem Mayer gelegentlicher gewesen, die Früchten anheim zu verkauffen, als selbst einzuführen, welches fürwahr ihnen eben so erlaubt ist, als denen Pfarrern erlaubt ist, ihre weit entlegene Zehenden, wie fast aller Orthen practicirt wird, dem Meistbiettenden zu verkauffen. Bißhero ist von denen Bauern geredt worden, welche das Recht der Nutz-Nießlichen Herrschafft in denen Wälderen haben.

9. Letztlich setzt der Art. bey, was zu sagen seye von denen blossen Bestands-Mayern? Dann, weilen dise an dem bestandenen Guth keine Gerechtigkeit haben, ausser der Bestand seye über drey Jahr, sie können dahero mit Abhauung der Wälder oder Gärten-Bäum die Caducitæt nicht verwürcken. Der Art. aber antwortet, daß durch dergleichen Mißbrauch der Beständner sein Bestand-Recht verliehre, und kan nicht allein von dem Bestands-Herrn vor bestimmter Zeit ausgetrieben werden, sondern ist auch schuldig allen Abtribs-Schaden nach Ermässigung der Nachbaren, und des Orths Richters Milderung abzustatten. Dann obwohlen der 5. Art. dises 17. Tit. der Land-Recht, wo die Austreibung des Beständners wegen seinen schlechten Hausen zugelassen wird, allein vom Jngeheiß der Häuser redet, so hat doch eben dises auch bey Bauern-Güthern Platz, so aus disem Art. klar erhellet.

Der neunzehende Articul.

Es soll füran kein Mayer, der eines Grund-Herrn Guth hat, darauf er sitzet, ohne Bewilligung und Vorwissen seines Grund-Herrns einen zu Bau, oder sonderbar eigene Gründ, zu dem Guth haben, bauen, annehmen, oder kauffen, sondern wann er einen Zubau annehmen, oder sonderbare Stuck hinzu kauffen will, oder die ererbt hätte, soll ers seinem Grund-Herrn um sein Einwilligung berichten, auf daß solcher Zubau, oder sonderbare Gründ eigenthumlich vermarcht und beschriben, also künfftiger Stritt verhüttet werden möge. Wie dann ebenfalls niemand einem solchen Mayer, der zuvor einen Grund-Herrn ein Guth bauet, einen Zubau verstifften, oder verlassen soll, ohne Bewilligung des ersten Grund-Herrns. Beschehe solches nicht, so soll die Gült, welche der Mayer von solchem Zubau gibt, dem ersten Grund-Herrn folgen, und zusehen, biß der andere Grund-Herr insonderheit beweist, wie vil er dem Mayer zu einem Zubau zugelegt hab, auch dem ersten Grund-Herrn zuvor allen Schaden und Unkosten, deßhalben erlitten, abgethan hat. Es ist auch kein Grund-Herr schuldig seinem Mayer eigne Stuck zu lassen, wann er solche gleich ererbt hat; Wann auch ein Mayer einen Zubau, oder sondere Gründ, die er für eigen hält, verkauffen, oder vom Guth nehmen will, soll kein Richter, oder andere Obrigkeit darüber fertigen, er hab dann einen Schein von dem Grund-Herrn, daß er ihm solche Stuck nicht anspreche, da aber solche Stuck nicht strittig, doch zum Guth gebauet werden, soll dem Grund-Herrn zugelassen seyn, in solche einzustehen, und um das Geld, wie es der Mayer verkaufft, anzunehmen, doch allein im Fall, wann ers beym Guth behalten will.

Summaria.

1. Warumen ein Mayer kein Zubau-Guth neben seinem Mayerhof haben dörffe?
2. Ob er nebenzu kein eigen haben dörffe?
3. Was zu thun wann ihme ein eigen Guth geschenckt oder vermacht wird, oder sonst ererbt?
4. Was für ein Unterschid seye unter eignen Güthern, und Zubau-Güthern, welche auch ihme verlihen werden?
5. Was Rechtens, wann das Zubau-Guth besser als das Mayer-Guth ist, ob der Bauer den Mayerhof verkauffen könne?
6. Wann einer einem Mayer Zubau-Güther um jährliche Gült überlaßt, ob solche dem ersten Herrn *Caduc* werden?
7. Wann der Bauer eigene Güther verkaufft, warum die Obrigkeit darüber keine Brieff ausrichten dörffe,

dörffe, ehe der Grund-Herr davon benachrichtet worden?

8. Wann der Mayer solche Güther ohne Brieff verkaufft, ob solcher Verkauff nichtig seye?

9. Wann er solche verkaufft, ob nicht dem Grund-Herrn das Einstand-Recht gebühre?

10. Weilen der Bauer keine Zubau-Güther haben kan, ob der Herr auf Ansuchen den *Consens* abschlagen könne?

11. Wer die Prob machen müsse, wann der Bauer behaubtet, daß diß Guth ein Zubau-Guth seye, der Herr aber behaubtet, daß solches Guth zum Hof gehöre?

Diss. IN disem Art. seynd 5. Puncten enthalten, welche ein besonderes Recht unserer Statuten in sich haben, und also einen fünfffachen Unterschid vom gemeinen Recht ausmachen, wir wollen alle kürtzlich durchgehen.

1. Der erste ist, daß unser Art. verbiette, daß die Erb-Rechte Bauren zu ihren Hof-Güthern keine andere Zubau-Güther nehmen sollen ohne Vorwissen und Willen der vorigen Grund-Herren, von welchen sie schon gantze Hof-Güther zum bauen innhaben, zum Exempel, der Titius hat von mir einen gantzen Hof Stifftweiß, hernach biettet ihme der Sempronius andere einschichtige Grund-Stuck gleichfalls Stifftweiß an; dise einschichtige Güther welche ein Zubau genennet werden, kan der Titius ohne meinen Consens zum bauen, zu nutzen und zu niessen nicht übernehmen, da doch dem gemeinen Recht nach dise nirgends verbotten ist; Warumen diß durch unser Land-Recht eingeführet worden, werden trifftige Ursachen angeführet in Art. 6. lib. 3. der Bayrischen Lands-Ordnung, de Anno 1553. Erstlich weilen die Mayer, da sie einen einschichtigen Grund bemayern, den anderen hingegen vernachlässigen, und abschlaipfen. Zumahlen der mehreren Geschäfften obgelegen ist, der hat auf alle destoweniger Sorg. L. fin. Cod. de Assess. weilen, wie allda gesagt wird, er entweders eines vor dem anderen bessert, oder beyde miteinander unbaulich haltet, und zum Abschlaipff kommen lasset. Andertens weilen eine Gefahr ist, daß nicht unter solchen Güthern die Marck-Pfallungen vermischt werden, und durch solche gefährliche Vermischung der Grund-Stucken ein oder dem anderen Grund-Herrn, oder auch Eigenthums-Herrn ein Schaden geschehe. Es hintert auch nichts, wann man sagt, daß ein solches Bau-Güthl also beygelegt werden könne, daß der Bauer beyde Güther sattsam bemayeren möge, und die Güther so weit voneinander entlegen seyen, daß weder die Pfahlungen, weder die Grund-Stuck selbsten vermischt werden können. Dann hierauf wird geantwortet, daß, wann schon der Mayer beyde Güther sattsam bemayern kan, und wegen Entlegenheit der Güther kein Gefahr der Pfällen oder Güther-Vermischung obhanden seyn kan, doch solches aus einer andern Ursach verbotten seye; nehmlich drittens, weilen der Bauer zwey entlegene Güther mit eignem Rucken nicht besitzen kan, welches doch in vorgehenden Art. ausdrucklich erfordert wird.

Was ist aber zu thun, wann der Bauer nicht allein einschichtige Grund-Stuck, sondern ein gantz bestandbahres Hoff-Guth zum Exempel einen gantzen Hoff neuerlich bekommt, obwaltet wohl ein gleiches Recht, welches mit denen Zubau-Güthern, das ist, von gewissen einschichtigen Grund-Stückeren obwaltet? wir vermeynen, es seye mehr als gewiß, was von denen Zubauen oder Neben-Güthern verordnet ist, um so mehr auch Platz haben müsse bey einem gantzen leibfälligen, erst neuerlich erhaltenen Hoff-Guth, weilen ein Bauer, welcher neben seinem leibfälligen Principal-Hoff-Guth einschichtige Neben-Güther zu bemayern nicht im Stand zu seyn erachtet wird, um so weniger solcher auch im Stand seyn werde, einen andern gantzen Hoff mit dem vorigen bemayern zu können.

Zu dem zweyten Puncten sagen wir daß der Bauer, wegen eben disen Ursachen neben seinem Mayer-Hoff andere Neben-Güther nicht innhaben könne, wann solche ihm schon eigen und frey seynd, welches doch im gemeinen Recht so wenig verbotten ist, als eine Besitzung mehrerer Mayer-Höff. 2.

Absonderlich drittens, wann der frey eigne Grund-Stuck umsonst bekommt, zum Exempel von Elteren im Erb, von Befreundten durch ein Legat, durch eine Schanckung von Todts wegen, oder unter Lebendigen, oder dergleichen. Dann wann schon eine grössere Ursach obhanden ist, warumen die Einhandlung frey eigner sonderbahrer Grund-Stuck nicht zu gelassen werde, damit nicht seiner Zeit die Güther untereinander vermischt werden, so haben doch die Recht denen Grund-Herrn in so weit favorisirt, daß auch ein Bauer frey eigne Güther, er mag solche bekommen, wie er wolle, ohne des Herrn Consens, von welchem er das leibfällige Haupt-Guth erhalten hat, nicht beybehalten könnt, wegen gleichmäßigen Ursachen, damit nicht dergleichen Bauern Gelegenheit finden, die Marckungen und Gräntz-Scheidungen der benachbarten leibsfälligen Güthern zu überackern, und die eigene Güther zu vermehren, welches sich eben zur Zeit, als ich dises schreibe, bey dem Lehen-Hoff zugetragen hat, wo ein gewisser Vasall ein Lehen von 4. Juchart Ackers von darumen als ein Lehen wiedersprochen, weilen in seinem Lehen- 3.

Brieff enthalten ware, daß solcher Lehen-Acker nur 4. Juchart in sich habe, wo doch der Augenschein nach der Hand handgreifflich gegeben hat, daß diser Schalck von des Nachbarn Wisen so vil weg geackert, daß der Lehen-Acker 8. Juchart groß worden. Damit aber solchen Betrügereyen begegnet werde, so wird in disem Articul gantz wohl verordnet, daß keinem Erb- oder Leib-Rechten dergleichen Bauern erlaubt seye, andere Neben-Güther zu seinem Hoff zu besitzen, es mögen solche frey eigen, oder auch Erb-Rechte Güther seyn.

4. Unter dessen ist unter denen Neben-Gütheren, welche leibfällig, oder frey eigen seynd, diser merckliche Unterschid, daß, wann ein Bauer ein Neben-Guth, so eigen ist, bekommt, so weit von seinem Hoff-Guth entlegen ist, dises kan er unsers Erachtens behalten, weilen kein Gefahr ist, daß dise Güther unter ein ander vermischt werden. Dann wie kan, wann einer in der Pfleg Aibling durch ein Erb etwas eigenthumliches bekommt, seinen leibfälligen Hoff aber in der Pfleg Aichach besitzet, wohl ein Argwohn obwalten, daß die Güther vermischet, oder die Gräntzen verackeret werden? Wann also die Ursach zerfallet, wegen welcher unsers Articuls Verbott eingeführt worden, so muß auch das Verbott weichen.

Ein anders ist, wann ein Bauer neben seinen Mayer-Guth, so in Dachauer Pfleg liegt, auch andere leibfällige Güther, so weit entlegen seynd, erwirbt; Dann wann schon solchen Falls auch kein Gefahr des überackern, und Vermischung der Güther obwaltet, wie bey denen eigenthumlichen Gütheren, so ist doch eine andere Ursach verhanden, welche aus Verordnung unserer Land-Recht mehrere leibfällige Güther einem Mayer zu besitzen nicht zu last, wann er solche zugleich mit eignen Rucken nicht besitzen kan.

Man wird einwenden, daß dises auch bey jenen Platz habe, der neben dem leibfälligen Hoff eigene Güther hat, weil er solche zugleich mit eignen Rucken nicht besitzen kan? Wir aber antworten, es seye keinem verbotten, daß einer seine eigne Güther einem andern vermüthen, oder sonsten überlassen, ja durch seine Ehehalten bemayren könne, und ist ein ein solcher auf keine Weiß gehalten, seine eigne Güther mit eignen Rucken zu besitzen, welches doch bey verschiedenen leibfälligen Gütheren nothwendig ist; weilen jedwederes Guth des Bauern eignen Fleiß erfordert, und die Bemayrung einem andern nicht überlassen werden kan.

5. Was ist aber Rechtens, in dem Fall da ein Bauer zum leibfälligen Hoff, welchen er zuvor gehabt hat, nicht allein einschichtige Neben-Güther erhalten hat, welche ein blosser Zubau seynd, sondern ein anderes gantzes leibfälliges Bauern-Guth erworben hat, welches besser als sein voriges ist? Wir antworten, daß besagtermassen Rechtens seye, was Rechtens ist von einschichtigen Neben-Gütheren, weilen jenes ein Zubau-Guth ist, welches zu dem vorigen Guth hinzukommt: und weilen der vorige Herr ein älteres Recht hat, so ist in seinem Gewalt, das andere Guth abzuschlagen; unterdessen doch, wann dem Bauern gefallt, das neue Guth ehender zu behalten, als das vorige, so kan er solches, wann er beobachtet, was er zu beobachten hat, frey verkauffen, oder, wann er keinen Käuffer findet, dem Grund-Herrn heimschlagen.

Der vierte und dises Art. hauptsächliche Punct bestehet in deme, daß in vorgehenden verordnet werde, daß mein gültbahrer Bauer kein anderes gantzes Bauern-Guth, oder ein anderes einschichtiges Guth an sich ziehen, noch ein eigenthumliches Guth durch Kauff, Erb, oder Schanckung erwerben, und mit seinem giltbahren Guth beybehalten und bemayern könne. Die Gültigkeit diser Verordnung kan nicht in Zweifel gezogen werden, weilen eben darumen, da der Bauer wegen seines innhabenden Guths dem Herrn verbunden ist, wissen muß, daß er einige Neben-Güther, es mögen gültbahr oder eigen seyn, zugleich nicht haben könne. Aber daß einem dritten, der des Bauern ersten Herrn nicht verbunden ist, verbotten werden könne, daß er mit dem Bauern keinen weitern gültbahren Contract schliesse, und zwar bey Straff der Caducität, dises scheinet wunderlich genug, und ungewohnlich zu seyn, indeme der Herr das Recht hat, seinen Unterthanen zu verbinden, nicht aber einen dritten, der von ihme lediglich frey ist. Es ist also ein Zeichen, daß dises also zu verstehen seye, daß 1. Ein Dritter, der einem Bauern einschichtige Güther gegen jährliche Gült zum bauen überlast, solche Güther als caduc nicht verwircke, sondern allein die jährliche Gült, so er davon bekommt, und zwar. 2. Nicht vollständig, sondern mit der Maß, biß er erwiesen haben wird, welche und was für einschichtige Güther dem Bauern gegeben habe, wann dise Prob rechtmäßig 3. gemacht worden, hat er das Recht seine Gült zu fordern und einzunehmen, wann nur dem Haupt-Grund-Herrn 4. Aller Schaden und Interesse abgethan worden, welchen er an seinem Guth wegen dergleichen Zubau-Güthern erlitten hat. Dahero dißfalls sich kein Caducität ergibt, sondern es wird nur die Gült aufgehalten, biß

der Haupt-Grund-Herrn schadloß gehalten wird, welches wohl zu beobachten ist. Dann obwohlen die Herrn Hoff-Räth bey disem Art. darfür gehalten, es seye zu verordnen, daß der dritte, welcher einem Gült-Bauern einschichtige Güther um jährlichen Gült ohne Vorwissen und Willen des vorigen Grund-Herrn zum bauen beylegt, solle mit Verlurst der Güther bestrafft werden, so hat doch solches der Gesatz-Geber nicht zugelassen, weil er darfür gehalten, gar zu hart zu seyn, daß einer wegen eines sonsten in Rechten erlaubten Handel sein Sach und Recht verliehren, und solche dem Dritten zu wachsen solle, der vileicht wegen solcher sonderbahren Gült-Abhandlung, weilen alles in guten Trauen und Glauben vorbey gangen, keinen Heller Schaden gelitten hat. Ist also genug, wann ein solcher, der einem gültbahren Bauern einschichtige Güther zu einem Zubau beygelegt hat, schuldig ist seinen Contract aufzuheben, und den ersten Herrn schadloß zu halten, der Principal-Herr aber unterdessen bey seinem Bauern die Affter-Gült ruckbehalten könne, biß ihme wegen seines Schadens und Interesse alle Vergnügenheit wiederfahren ist.

7. Der fünfft Punct ist, daß, wann ein Gült-Bauer rechts behörig gewisse einschichtige eigenthumliche Güther bekommen hat, und solche verkauffen will, keine Obrigkeit darüber Brieff aufrichten und fertigen solle, ehe sie dem Grund-Herrn des Principal-Guths von dem Verkauff Nachricht zu zweyfachen Absehen gegeben hat. 1. Damit er sich erklären könne, ob er zu solchem Zubau-Guth, so für eigen verkaufft wird, wegen seines gültbahren Hoffs keinen Zuspruch habe, und 2. wann er will, des Einstand-Rechts bedienen könne. Was den ersten Theil betrifft, ist solcher eine gute für die Grund-Herrn erfundene Vorsorg, damit sie auf die Erkantnuß dergleichen einschichtige eigenthumliche Güther kommen können, weilen über liegende Güther, sie mögen veräussert werden, wie sie wollen, jetziger Zeit gerichtliche Briefffschafften errichtet werden, obwohlen wir, daß solche nothwendig seyen, oben bey dem tit. de empt. & vend. und bey dem 3. art. 3. tit. lib. 1. des Lands- und Pollicey-Ordnung wiedersprochen haben.

8. Was ist zu sagen, wann ein Gült-Bauer sein eigen Grund-Stück ohne Brieff obrigkeitliches Instrument verkaufft, ist wohl deßwegen der Contract nichtig? Dises hat einer ohnerachtet meines Widerspruchs hefftig behauptet, aus der Ursach, weilen sonsten die Zuwissenmachung des Verkauffs eines eigenen Guths dem Grund-Herrn unnutzlich wäre. Dise Ursach ist fürwahr ohne Grund. Dann es macht keine Folge: Unser Articul befihlt, daß über solche Contract keine obrigkeitliche Brieff ohne Vorwissen und Bewilligung des Grund-Herrn errichtet werden sollen. Kan also der Bauer, der sein eigen Grund-Stuck verkauffen will, wider den 6. Tit. der Land-Recht, den Verkauffs-Contract mit blossen Consens nicht beschliessen, sondern ist verbunden Brieffschafften aufrichten zu lassen. Wir werden sagen, was an der Sach selbsten ist, und einstens uns ein ansehnlicher Fürnehmen und an Wissenschafft und Erfahrenheit in unsern Vatterland berühmter Mann in mein Angesicht vorgeworffen hat, daß der durchlauchtigiste Gesatz-Geber in disem und nachfolgenden Art. nachdem er zuvor mit denen Lands-Ständen ohne Zuziehung der Bauerschafft zu Rath gegangen, und denen Bauern Gesätz gegeben, welches wahr, und recht geschehen zu seyn, wir bekennen, weilen die Unterthanen Gesatz annehmen müssen, und nicht zu geben haben; daß aber dise beyde Art. nicht mehrer denen Grund-Herrn als denen armen Bauern geneigt seyn, ist niemand, der zweiflen kan. Wir werden ein Exempel geben.

9. Zum zweyten Theil dises 5ten Puncten. Dann obwohlen wir oben bey dem 10. Titul der Land-Recht öffters gesagt haben, daß Nachbarschaffts halber kein Einstand-Recht Platz habe, es mag villeicht wegen der Constitution Friderici oder anderer Orthen Gewohnheit angeführt worden seyn, was es wolle, so wird doch in disem Art. ausdrucklich verordnet, daß, wann ein Bauer ein einschichtiges eigenthumliches Guth zu seinem Mayerhoff gebauet, und solches verkaufft hat, dem Grund-Herrn das Einstand-Recht in so weit gebühre, daß er solches Grund-Stuck um eben jenes Geld, was ein anderer darum giebt, zu seinem Hoff-Guth beybehalten könne; welche Freyheit gewiß für gantz fremd angesehen werde kan, absonderlich, wann man sagt, daß dises Einstand-Recht kräfftiger seye, als jenes, so denen Bluts-Freunden zu stehet. Dann wann der Bauer selbsten das Grund-Stuck nicht behalten darff wegen obangeführten Ursachen, wie wird solches Guth denen Befreundten überlassen werden können, von welchen eben jene Ungelegenheiten, wo nicht directè doch indirectè zu Favor des Befreundten besorgt werden müssen? Und dises befremdliche Einstands-Recht hat uns einer auch als eine Würckung der Lands-Ständen bey Errichtung unserer Land-Recht gehabten Præpotenz vorgeworffen. Vermeldend, daß dises sonst in unserm Vatterland nirgends gebräuchliche Einstand-Recht von darumen von denen Herren erfunden worden, damit sie alle eigenthumliche einschichtige Grund-Stuck nach und nach an sich ziehen, und die Bauern von allen Eigenthum beraubt, und folglich ihnen dienstbar machen können. Wir aber

M 3 halten

halten keineswegs darfür, daß dißfalls etwas verordnet worden, was nicht vernünfftig ist, absonderlich, weilen vom durchlauchtigisten Gesatz-Geber dises Einstand-Recht so eng eingeschränckt worden, daß es nicht Platz haben solle, es seye dann ein solches eigen Guth zuvor als ein Zubau neben dem Hoff-Guth bemayert worden, und des Grund-Herrn Absehen seye, solches nachgehends also beyzubehalten, und nicht mehr zu veräusseren. Und dahero kommt es, daß D. Rath. in sæpè cit. dissertatione sua Juridica. assert. 115. Dises Beneficium vilmehr der Grund-Herrschafft, als der Nachbarschafft zu schreibt. Welches wann wahr ist, so werden wir um so leichter bebehaupten, daß dises Einstand-Recht, welches der Grundherrschafft eingestanden wird, favorabler seye, als jenes, welches Freundschafft halber gestattet wird, indeme oben bey dem 10. Tit. der Land-Recht unsere Statuten denen Grund-Herrschafften, vor denen Befreundten schon geneigter gewesen; obwohlen wir dißfalls anstehen, eben darumen, weilen die Herrn Räth dise Würckung des Einstand-Rechts der Nachbarschafft zu schreiben, unsers Erachtens nicht übel, weil wir oben schon gesagt haben, daß dises Art. Verordnung weiche, wann der Bauer ein einschichtig eignes Grund-Stuck hat, und selbes bemayert, so aber weit entlegen ist, zumahlen ein solches Grund-Stuck nicht kan ein Zubau genennt werden. Und daß dises die Meynung unsers Art. seye, ist aus deme abzunehmen, weil der Text von einem solchen Stuck, daß zum Guth gebauet worden, redet. Wird also gesetzt, daß solches nach und nicht weit entlegen seye, daß durch das Einstand-Recht die Veränderung der Marckungen, und Vermischung der Gründen verhütet werden müsse.

10. Wir haben bißhero öffters gesagt, daß ein Gült-Bauer ohne Vorwissen und Consens seines Grund-Herrns keine Zubau-Güther haben könne, dahero aber entspringt die weitere Frag, ob der Grund-Herr, der um den Consens ersucht worden, solchen abschlagen könne, also daß der Bauer alle Handlung nichtig begehrt, er mag durch solche ihme einschichtige frey eigne oder gültbahre, oder Herrn-Günstige Güther erwerben? und es scheinet, man könne antworten, es seye in allweg genug, wann der Herr um den Consens rechts behörig ersucht worden. Aus Ursach, weilen dise Ersuchung des Grund-Herrn zu disem End erfordert wird, damit zu Verhinderung künfftiger Stritt-Händel all einschichtige Güthr ordentlich ausgepfahlt werden können; wann also der Bauer die Auspfählung verlangt, so scheinet, daß unser Art. dem Grund-Herrn auferlege, seinen Consens um so mehr zu ertheilen, als dises Gesatz gehäßig ist, als welches dem freyen Menschen den freyen Handel und Wandel einschränckt, wo doch solcher dem Völcker-Recht nach einem jeden erlaubt ist. Wir aber antworten, daß diß nicht allein die Ursach seye, daß nach unserem Land-Recht Zubau-Güther zu haben verbotten, damit nicht die Marckungen vermischt werden, weilen denen künfftigen Strittigkeiten durch das Mittel finium regundorum leicht kan begegnet werden. Sondern die andere und kräfftigere Ursach ist, weilen der Mayer darfür gehalten wird, daß er zu Bemayrung des gültbahren Hoff-Guths desto unfähiger werde, wann er auch andere Güther zum bauen annimmt, als welchen er, absonderlich, wann sie frey eigen seynd, grössern Fleiß als Fremden anwenden wird, daß wir also kräfftig darfür halten, daß der Herr nicht könne angehalten werden seinen Consens zu ertheilen, wann schon der Mayer ordentliche Pfahlung halten will. Lese den 6. Art. Lib. 3. Der alten Lands-Ordnung wo die Haupt-Ursach dises Verbotts dise gegeben wird, daß etwann derselben Güther eines mit des andern Nachtheil, und Abschlaipff gebessert, oder etwann beyde unbräuchlich gehalten werden.

Was ist aber Rechtens, wann ein Bauer dergleichen einschichtige Zubau-Güther, eines oder mehrere frey eigne, oder gültbahre, oder mit einem andern Recht behaffte Grund-Stuck heimlich an sich gebracht hat, und zwischen ihme und dem Grund-Herrn ein Stritt-Handel entstanden ist, zum Exempel da der Bauer behauptet, daß sothanes Grund-Stuck ihme frey eigen seye, der Grund-Herr aber sagt, daß solches Grund-Stuck zu seinem gültbahren Hoff gehörig seye; wer muß aus ihnen die Prob machen? Es scheinet man könne sagen, daß, weilen dem gemeinen Recht nach præsumirt wird, daß alle Güther frey und eigen, auch keiner Dienstbarkeit, oder einer Beschwernuß unterworffen seyen, dem Herrn obliege, zu erweisen, daß ein solches Grund-Stuck zu seinen Hoff gehörig seye, weilen aber auch nicht præsumirt wird, daß solches Grund-Stuck ein Eigenthum des Bauern seye, und unser Land-Recht dem Bauern sich widersetzt, weilen kein Bauer neben seinem gültbahren Hoff-Guth zu Bau-Güther haben kan, so ligt dem Bauern ob das Eigenthum zu erweisen, in Abgang sothaner Prob wird ein solches für einschichtig gehältnes Grund-Stuck dem gültbahren Haupt-Guth zugesprochen. Rath. loc. cit. assert. 114. 11.

Unterdessen ist dises dem Bauern zum Trost, daß ein solches Grund-Stuck vom gültbahren Hoff nicht kan abgesöndert werden, und er solches nutzen und niessen kan, ohne Erhöhung der Gült. Die Ursach ist hier sich

sich selbsten klar, weilen der, wie wir gesagt haben, sothanes Grund-Stuck ex præsumptione juris als einen zum Gült-Hof gehörigen Antheil bekommen hat. Wann also der Mayer das Recht hat den gantzen Hof zu nutzen und zu niessen, so hat er auch das Recht disen Grund als einen Antheil des Hofs zu nutzen und zu niessen.

Der zwantzigste Articul.

Es soll ein Mayer nicht allein in den obgesetzten Fällen, sondern auch aus andern Ursachen, derenthalben, nach Ausweisung der Rechten, ein Erb-Rechter sein Erb-Recht verwürcket, sein Gerechtigkeit beym Guth, wie die Namen hat, auch den Herren-Gunst, und sonderlich in solchem Fall verworcht haben, wann er wider die jenige Geding, die er nach Innhalt seines Stifft-Brieffs, bey Verwürckung der Gerechtigkeit, oder Herren-Gunsts zu halten versprochen, handlet, oder dieselbigen wie es sich gebühret, und er schuldig ist, nicht haltet.

Summaria.

1. Wann wegen Nichthaltung der Bedingnussen die Gerechtigkeit verwürckt werde?
2. und 5. Wann der Mayer wegen nicht gelieferten Gült die *Caducitæt* begehe?
3. Ob der Grund-Herr der das Guth an sich zieht, dem Bauern den Werth zuruck stellen müsse?
4. Ob der Bauer, der nur einen Theil an der Gült nicht geliefert hat, sein Recht verliehre?
6. Wann der Herr und der Bauer bedungen haben, daß er nicht könne ausgetrieben werden, ob und wann die *Caducitæt* Platz habe?
7. Wann der Bauer die Gült nicht liefert, weil der Herr ihme schuldig ist, ob er sein Recht verwürcke?
8. Wie vil Ursachen seynd, welche den Bauern wegen nicht gelieferter Gült von der *Caducitæt* entschuldigen?
9. Ob wegen nicht bezahlter Gült an sich selbsten die *Caducitæt* verwürckt werde, oder ob die Obrigkeitliche Erklärung erfordert werde?
10. Ob der die ausständige Gülten annehmende Herr darfür gehalten werde, daß er die *Caducitæt* nachgelassen habe?
11. Ob der Erb die *Caducitæts*-Straff, welche der verstorbene noch im Leben nicht begehret hat, begehren könne?
12. Ob des Bauern Erb könne in die *Caducitæt* erkläret werden, wann sein Vorfahrer in Lebs-Zeiten darinn nicht verkläret worden?
13. Ob durch schnellen Nachtrag der Gült sowohl bey einem geistlichen als weltlichen gültbahren Guth die Saumseeligkeit entschuldiget werde?
14. Was für eine Zeit zur schnellen Nachtrag erforderlich und genug seye?
15. In welchen Fällen der Nachtrag nicht angenommen werde?
16. Wann ein Mayer 10. Jahr lang die Gült nicht bezahlt hat, ob er nichts destoweniger die unterdessen empfangene Früchten gewinne, oder solche zuruck stellen müsse?
17. Ob er nicht wenigst die ausständige Gülten bezahlen müsse?
18. Wann der Bauer 30. Jahr kein Gült zahlt hat, ob er der Gült *præscribirt* hat?
19. Was für andere Ursachen der *Caducitæt* seyen, ob auch die Unwahrheit eine seye?
20. Ablaugnung des *Instruments*?
21. Vernachlässigung des Güther-Baus?
22. Die unterlassene *Investiturs-Renovation*, wenigst bey Lehen?
23. Ob auch bey einem ewigen Erb-Recht bey Straff der *Caducitæt* die Erneuerung der *Investitur* nöthig seye?
24. Ob solche nöthig seye bey einem Leib-Rechten Guth oder Herren-Gunst?
25. Ob ein *Spolium* ein Ursach einer *Caducitæt* seye?
26. Ob die veränderte Form des Guths?

Bißhero haben wir 9. Fäll gehabt, in welchen ein jedwederer Gült-Bauer sein Recht verliehret; Der Text in disem gegenwärtigen Art. setzet auch den 10. und 11. bey, welche General seynd, aus welchen der fürnehmste ist, wann einer denen getroffenen Bedingnussen widerstrebet.

Dann es wollen die Doctores insgemein, daß der Gült-Contract stricti juris seye, also daß die Bedingnussen genauist gehalten werden müssen. Vid. Alvar. Valasc. de jure emphyt. quæst. 5. per totnm. And. Fachinæ. controv. jur. lib. 8. cap. 97. D. Widman. de jure emphyt. tit. 13. n. 4. Welches doch andere nicht approbiren, weilen sie wollen, daß der Gült-Contract dem Kauffs-und Verkauffs-Contract, oder dem Vermüthungs-Contract gar nahe beytrette, daß er von der Natur der Contracten bonæ fidei nicht auszuschliessen seye, welches villeicht die Ursach ist, daß Ant. Faber supra cit. loco. gelehrnet hat, daß bey einem Gült-Contract, wann man die Bedingnussen nicht haltet, nicht zu dessen Umstossung, sondern zu dessen Haltung zu klagen seye, wie sonst bey anderen Contracten bonæ fidei der Brauch ist Wir aber halten standhafft darfür, daß allein in dem Fall wegen Nichthaltung der Bedingnussen einer sein Recht verliehre, wann

in denen Stifft-Brieffen dem nicht beyhaltenden Mayer die Straff der Caducitæt ausdrucklich auferlegt, oder wann dem Contract so merckliche widerstrebet worden, welche Widerstrebung vorbesagter massen den Verlurst der Gerechtigkeit oder Widerred nach sich ziehet. Diß wird in unsern Art. bestättiget, in den Worten: Wann der Mayer wider die jenige Geding, die er nach Innhalt seines Stifft-Brieffs bey Verwürckung der Gerechtigkeit, oder Herren-Gunst zu halten versprochen, handlet, oder dieselbigen, wie es sich gebühret, und ers schuldig ist, nicht haltet. Ist also höchst vonnöthen, daß sonderheitlich die Straff der Caducitæt bedungen, oder etwas namhafftes begangen werde, welches aus Verordnung der Rechten den Verlurst der Gerechtigkeit nach sich ziehet. Dann es wäre allzuhart, daß ein Mayer wegen einer jedwederen leichten Ubertrettung der Stifft-Brieff, und deren Innhalt seines Rechts beraubet werden solle, zum Exempel, wann in denen Stifft-Brieffen enthalten ist, daß der Mayer alle Jahr ein oder den anderen jungen fruchtbaren Baum im Garten pflantzen, oder etwas dergleichen thun, oder unterlassen solle, welches dem Guth wenigen Nutzen oder Schaden bringt, dann obschon dergleichen in Stifft-Brieffen anbefohlen wird, deßwegen doch unserer Neigung nach einer sein Recht wegen dessen Unterlassung nicht verwürckt, weilen auf keine Sachen der Prætor nicht sichet; Ja wann in Stifft-Brieffen wegen einer so geringen Nachlässigkeit, oder Excess die Caducitæts-Straff ausdrucklich bedungen worden, so halten wir vest darfür, daß die Caducitæt nicht Platz habe, weilen die Straff dem Verbrechen gemäß seyn muß, es wäre aber ein gar zu grosse Ungleichheit, wann der Bauer wegen eines nicht gepflantzten Baum sein villeicht vil 100. Gulden werthes Recht cedere gebraucht werden. Von diser Caducitæts-Ursach wegen nicht beobachten Bedingnussen kan gelesen werden Aurel. Corbul. de jure emphy. cap. 2. per totum. wo er eine allgemeine Regul setzet, daß ein Bauer wegen nicht gehalten Pacten ausgetrieben werden könne, welches du geneigter Leser mit Bescheidenheit nach Innhalt unsers 17. Art. den wir zuvor schon ausgelegt haben, in disen Worten verstehen sollest, da die Güther dardurch NB. zu mercklicher Abnehmung gebracht wurden, du solst auch der Corbuli Meynung nicht achten, welcher cap. 13. n. 6. widerspricht, daß die Caducitæt eine Straff seye, und wie kurtz hernach folgen wird, wegen einen eintzigen Heller die Caducitæt zulasset: Eben dises Corbuli Meynung nach ist oben zu einer allgemeinen Regul gesetzt worden, daß wegen einer culpa lata oder levi nicht aber levissima, so aus Ubertrettung des Contracts geschicht, die Caducitæt verwürckt werde, es gezimmet sich also, daß man die Pacten und Bedingnussen der Billigkeit nach auslege, damit nicht ein oder der andere aus denen Contrahenten gar zu sehr beschwäret werden.

Was den zweyten Theil diser Art. anbelangt, der sagt, daß auch die Caducitæt verwürcket werde, aus anderen bißhero nicht ausgedruckten Ursachen, wir sagen, daß dises zwar wahr seye, weilen aber wir uns der Kürtze befleissen, so wollen wir zu der fürnehmsten Caducitæts-Verwürckung schreitten, welche sich zutraget, wegen nicht bezahlter Gülten. Dann wann ein Gült-Bauer eines weltlichen Herrn auf 3. Jahr, oder ein Gült-Bauer einer Kirchen auf 2. Jahr die Gült nicht erleget hat, der verliehret sein Recht, so er auf dem Gült-Guth hat, also daß sein Nutz-Nießliches Recht dem Herrn zufallet, L. 2. Cod. de jure emphyt. & Auth. qui rem. Cod. de SS. Eccles. cap. potuit. X. de locat. Clarus. §. emphyteusis. quæst. 8. lib. 4. Cavar. var. var. resol. lib. 3. cap. 7. ad. n. 1. und dises geschicht aus Natur und Weesenheit des Contracts selbsten. Also daß der Gült-Bauer wegen nicht gelieferten Güls seines Rechts beraubet wird, wann schon deßwegen unter dem Grund-Herrn und dem Bauern nichts bedungen worden. Corb. loc. cit. cap. 15. ampl. 1. l. 2. Cod. de jure emphyt. Und Novell. 7. cap. emphyteusin. 3. §. 2. worinnen enthalten, weilen die in 2. oder 3. Jahren unterlassene Entrichtung der Gült für ein schweres Verbrechen gehalten wird, wegen welchen der Bauer vertrieben werden kan, wann schon in denen Stifft-Brieffen nichts enthalten ist, daß der Bauer wegen 2. oder 3. jähriger Unterlassung der Gült-Lieferung vertrieben werden könne, noch der Bauer um die Gült zu liefern ermahnet worden. Gabr. tit. de solut. & liberat. conclus. 9. n. 7. Corb. cap. 15. ampliat. 2. & 3. 2.

Es ist auch der Grund-Herr nicht schuldig dem Bauern den Werth, um welchen der Bauer seine Gerechtigkeit entweders vom Grund-Herrn, oder von einem andern erhalten hat, zuruck zu geben, weilen diß die Straff der Nachlässigkeit ist, welche aus Verordnung des Rechts ohne vorgehende Pactirung verwürcket wird. Dann wann der Herr den Werth zuruck zu geben schuldig wäre, 3.

so

so wurde der Bauer offt lieber den Werth annehmen, als das Gült-Guth behalten, und den Gült-Contract zu halten verbunden seyn wolte.

4. Und obwohlen vile Rechts-Gelehrte der Meynung seynd, daß der Bauer sein Recht verliehre, wann schon er die gantze Gült nicht geliefert, sondern nur zum Theil nicht geliefert hat, wie Krafft des L. Commissaria. rechtens ist, wann das Pactum beygesetzt worden, daß, wann an einem gewissen Tag der Werth nicht bezahlet worden, die Sach für nicht verkaufft zu seyn müsse gehalten werden, der Verkauff umgestossen werde, wann nur um einen Pfenning zu wenig bezahlet werde, wir haben doch in unseren Vatterland solche Schärpfe niemahlen gesehen, und glauben auch nicht, daß, wann zum Exempel der Bauer seine in Geld oder Getreyd bestehende jährliche Gült, die meistens in einer gemessenen Quantität bestehet, liefert, aber die Klein-Recht ausständig bleibt, so da in Hennen, Hiener, Capaunen, Eyer und dergleichen bestehen, er deswegen seines Rechts könne beraubt werden, weilen der Richter, wie wir öffters gesagt haben, um geringe Sachen nicht annimmt. Guido Pap. decis. 174. Benintend. decis. 6. Jason in L. in executione §. item si ita ff. de V. O. Absonderlich, wann der Herr die Lieferung der Haubt-Gült angenommen, und die Klein-Recht nicht gefordert hat, weilen alsdann wie Guido Pap. redet, der Herr darfür gehalten wird, er habe die Caducität nachgesehen, oder, welches in Krafft des 9. Art. und 2. Tit. des Gandt-Process, besser zu sagen ist, er habe solche Klein-Dienst geborgt; Welcher Meynung doch Corbulus loc. cit. cap. 15. ampl. 5. per totum sich hart wiedersetzt, Fachinæ lib. 1. controv. jur. cap. 69. unterscheidet drey Casus, und im mittleren Casu thut er eben dises approbiren, daß wegen nicht gelieferten Klein-Diensten die Caducität nicht verwürcket werde.

5. Dises lassen wir lieber zu, daß, wann ein Bauer ein grosses Guth besitzt, für jährliche Gült aber zum Exempel nur ein Ey giebt (wie wir einen solchen Bauern gekennt haben, welcher anstatt der Gült schuldig ware, auf einen mit 4. Pferdten bespannten Wagen vor des Grund-Herrn Hauß ein Ey zu führen) ein solcher, wann er 3. Jahr dises unterliesse, sein Recht verliehre. Aus Ursach, weilen solchenfalls vilmehr auf die Erkanntnuß der Herrlichkeit als auf den Nutzen gesehen wird, wann also der Bauer solche Lieferung 3. Jahr unterlaßt, so wird er darfür gehalten, er wolle dem Grund-Herrn sein Recht bekräncken, und suchen zu benehmen, welches ja eine genugsame Ursach der Caducität ist, so mehr an der Verrichtung, als am Werth des Ey bestehet. Corbul. ibidem. ampl. 4. Clarus in §. emphyt. quæst. 8. Tranquel de retract. convent. §. 4. Glossa 6. n. 16.

6. Was ist aber zu thun, wann der Herr und der Bauer pactirt haben, daß er nicht könne vertrieben werden, zum Exempel ich schencke meinem getreuen Diener ein Gült-Guth, mit dem Geding, daß ich ihn wegen seines Wohlverhalten und Verdiensten nicht vertreiben wolle? Hierauf wird mit einem Unterschid geantwortet, ob solche Bedingnuß nur in genere geschehen seye, oder sonderheitlich dahin, daß auch in disem oder jenem sonderheitlichen Fall, zum Exempel, wann er die Gült nicht wird geliefert haben, wann er das Guth in Abschlaipf wird gebracht, oder das Guth ohne mein Vorwissen veräussert haben, oder dergleichen &c. nicht könne vertrieben werden. In dem ersten Fall wird allzeit darunter verstanden, daß er nicht könne vertrieben werden, so lang der Bauer jenes gehalten hat, was er zu halten schuldig ist, das ist, wann er die Gült geliefert hat, wann er Guth-Rechts behörig bemayert, und all jenes gethan hat, was einem getreuen Mayer zu thun oblieget, wann aber dise Stuck abgehen, so hat der Herr das Recht, ohnerachtet seines General-Versprechens das Gült-Guth wegen begangener Caducität an sich ziehen; In dem anderen Fall aber, da sonderheitlich dise oder jene Caducität nachgelassen worden, muß der Grund-Herr sein gegebenes Wort halten, weil er ja sich deren ihme zu Nutzen verordneten Rechten begeben und verzeihen kan. Corbul. dict. cap. 15. limitæ. 1. Rodoan. in tracti de reb. Eccles. non alien. quæst. 24. Wo sie dise Frag gar weitläuffig durchsuchen; eben dises hat auch Platz, wann an einem Orth die Gewohnheit ist, daß der Bauer wegen Unterlassung der jährlichen Gült-Lieferung, oder wegen eines andern Falls, weswegen dem gemeinen Recht nach die Caducität erfolget, nicht könne ausgetrieben werden, indeme, was der Mensch durch ein Pactum thun kan, das kan auch eines Orths Gewohnheit auswürcken, und zwar in diser Materi wider die Verordnung des gemeinen Rechts um so leichter, weilen gehandelt wird, um einen freyen Menschen von Beschwärde zu erledigen, und die Straffen zu milderen. Covar. lib. 3. var. resol. cap. 7. wo er solche Gewohnheit auch auf die Kirchen erstrecket, und andere milde Stifftungen, obschon anscheinet, daß solchen dise Gewohnheit schädlich seye, weilen

solcher Schaden und Præjudiz nicht groß ist, und der milden Stifftung genug seyn muß, wann sie ihre jährliche Gült-Recht und genau bekommt. Corbul. dict. cap. 15. Limit. 2. n. 4.

7. Gesetzt aber, es habe der Bauer von darumen inner 3. Jahren die Gült nicht geliefert, weilen ihme der Grund-Herr hingegen schuldig gewesen, und also mit ihme abrechnen wollen? Wir antworten, diß seye eine rechtmässige Ursach, welche einen von der Caducität entschuldiget, wann nur die Gegen-Schuld des Grund-Herrn richtig und liquid ist, und so vil als die Gült ausmachet. Berlich. lib. 2. conclus. 46. n. 17. Hartm. Pistor. obser. 70. n. 2. Corbul. dict. cap. 15. Limit. 5. Wo er disen merckwürdigen Ausnahm beysetzet, wann nur jedwedere Schuld des Herrn und des Bauerns von einer Gestaltsame ist, dann wann die Gült in gewisser Getreyd-Sort bestehet, und der Herr dem Bauern, so vil aus einer andern Ursach am Geld schuldig ist, so gelte die Abrechnung nicht, wo er mehrere dergleichen Fäll unterscheidet; dann das Recht macht selbsten die Compensation, also daß nicht nöthig ist, daß der Bauer inner den 3. Jahren das Compensations-Recht entgegen gesetzt habe, weilen es seine Würckung hat, und die Straff der Caducität aufhebt, wann schon die Compensation nicht entgegen gesetzt worden, wie gar schön ausführen Corbul. loc. cit. limit. 5. & Redoan. quæst. 19. cap. 8. Tyraquell. loc. cit. §. 8. Glossa. 3. n. 4. wo sie mehr nutzlich- und dienliches von der Compensations-Materi anführen. Ja, wann wir setzen, des Bauerns Gült bestehe in Weitzen, der Herr aber seye dem Bauern am Geld eben so vil schuldig, da glauben wir schier nicht, daß unsere Gericht so genau seyn werden, daß sie den Bauern wegen in 3. Jahren nicht bezahlter Gült, in die Caducität verfallen, und ihne seines Rechts berauben sollen, wann auch der Grund-Herr in 3. Jahren seine liquide Schuld nicht bezahlet hat, und also der Betrug mit Betrug, oder die Nachlässigkeit mit der Nachlässigkeit ersetzet werden kan, absonderlich wann die Gülten und andere Dienst in denen Stifft-Brieffen zu Geld angeschlagen seynd, zum Exempel, wie in denen Klein-Diensten der Brauch ist, daß für ein Ganß 15. Kreutzer, für eine Hennen 10. Kreutzer, für ein Hiendl 4. Kreutzer, für Käß 3. Keutzer, für 100. Ey 6. Batzen, mehr oder weniger bezahlt werden, wie es die Gewohnheiten der Orthen mit sich bringen, wovon wir noch reden werden, da wir auf dise Frag verfallen werden, wer bey dergleichen Klein-Dienst-Lieferungen die Wahl habe, der Herr oder der Bauer?

Mehr andere Ursachen seynd, welche den Bauern wegen nicht gelieferter Gült entschuldigen, nemlich wann der Bauer die Gült nicht liefert, weilen er kein Gült-Guth besitzt, Everhard. in topic. loc. à feudo emphyt. n. 41. wann der Bauer die Lieferung verschiebt wegen einer Pest, Krieg, oder wegen anderer rechtmässiger Hinternuß, Tusch. tom. 3. litt. E. conclus. 192. n. 194. oder wegen Gefahr an das Orth zu kommen, wohin das Gült zu liefern ist. Zum Exempel wegen schwerer Feindschafft ꝛc. Corbul. loc. cit. limit. 12. wegen Obrigkeitlichen Befehl, wann villeicht, wie sehr offt geschicht, die Gülten verarrestirt, oder sequestrirt werden, Corbul. limit. 13. wegen billiger Unwissenheit, weilen villeicht ein Erb, der die Gült-Lieferung unterlassen hat, nicht gewust hat, daß das Guth ein Gült-Guth seye. Tyraquell de jure retract. §. 35. Glossa 4. n. 36. Rodoan. quæst. 24. cap. 3. n. 33. wegen der Grund-Herrn-Strittigkeit, welche um die Possession die Gült einzunehmen stritten, Corbul. loc. cit. limit. 23. und noch mehr dergleichen Ursachen, deren ein gantzes Register erzehlet Cardinalis Tuschus Tom. 3. pract. conclus. lit. E. conclus. 192. n. 48. & multis seqq. Corbul. cit. cap. 17. wo er 41. Ursachen erzehlet, wohin der geneigte Leser, wer ein mehrers zu wissen verlangt, sein Zuflucht nehmen kan. 8.

Wegen dessen ist bey denen Rechts-Gelehrten ein grosser Stritt, ob wegen nicht gelieferter Gült die Caducität alsogleich verwürcket werde, oder ob die Gerichtliche Erklärung nöthig seye; Welchen Stritt Berlich. loc. cit. conclus. 46. n. 2. so zweiffelhafftig macht, daß er der Rechts-Gelehrten Köpf sehr warm gemacht; die Würckung diser Frag, wie wir oben schon berühret haben, bestehet in deme, ob der Grund-Herr, der über den Bauern keinen Gerichts-Zwang hat, den Bauern aus eigener Macht vom Gült-Guth austreiben könne, wann er 3. Jahr nacheinander kein Gült geliefert hat? Dann wann du setzest, daß nach 3. jähriger Unterlassung der Gült-Lieferung die Gerechtigkeit erloschen, und die Nutz-Nießliche Herrlichkeit dem Grund-Herrn sogleich verfallen seye, so verschuldet der Grund-Herr nichts, wann er eigenen Gewalts ohne Gerichtliche Hülff an sich ziehet, was sein ist. Dessen doch ohnerachtet, ist die gemeine und wahre Meynung, daß wenigist des Richters Erklärung nöthig seye, also daß der Grund-Herr eine Schrifft übergeben, und seinen Willen, daß er das Guth für verfallen und caduc halte, erklären, und ihme sol- 9.

ches

ches als Caduc zuzusprechen bitten muß. Berlich. loc. cit. conclus. 46. n. 5. & seqq. Mynsing. centur. 3. observ. 65. & cent. 6. observ. 77. Menoch. de recuperand. possess. remed. 1. n. 79. D. Rath. loc. cit. assert. 113. per totum. Wir bekennen, daß dises unsern Land-Rechten nach also wahr seye, daß nicht allein nach Meynung anderer Rechts-Gelehrten die blosse Richterliche Erklärung ohne Gericht-Gepräng, ohne Kriegs-Befestung und dergleichen nöthig, sondern auch der Grund-Herr in Krafft des 12. Tit. 6. Art. der Land-Recht verbunden und gehalten seye (wie die Wort selbsten lauten) sein Recht durch den Richter zu suchen, und sein Fürgeben auszuführen, wie recht ist. Welches ja fürwahr anscheinet, daß ein ordentlicher Process angestellet werde, es hintert auch nichts, daß diser Art. allein von Lehren rede, weilen unserer Meynung nach diß um so mehr bey Gült-Güthern Platz haben muß, weilen eines Gült-Bauerns Gerechtigkeit weit stärcker ist, als ein Lehen-Gerechtigkeit, weilen der Bauer seine Gerechtigkeit nicht umsonst, sondern gegen eine Beschwärnuß, und Gült, der Vasall aber gemeiniglich aus einer Gutthat und umsonst erhaltet. Hernach haben wir einen gleichen Text in vorgehenden 15. Art. dises Tituls, wo gesagt wird, wofern der Mayer von dem Herrn des Guths rechtlich überwunden wird (das ist, daß er seine Gerechtigkeit ohne des Herrn Vorwissen verkauffet und würcklich ausgeantwortet hat) so mag der Herr das Guth, so vil dessen der Mayer aus seinen Handen gelassen, mit dem Rechten einziehen. Welche Wort ja einen Gerichtlichen Process, und ordentliche Richterliche Erkanntnuß und Ausspruch mit sich bringen, und dem Herrn nichts besonders zueignen, das Guth eigenmächtig anfallen zu können. Und obwohlen auch diser Art. nicht von der Caducität redet, welche wegen nicht gelieferter Gült verwürcket wird, sondern von verbottener Veräusserung, so erhellet doch aus selben sattsam, daß unser Land-Recht einer Privat-Authorität nichts zulassen, und alles der Gerichtlichen Untersuchung einraumen. Wir nehmen aus den Fall, da der Grund-Herr den Gerichts-Zwang hat, weil er in Krafft des 17. Art. ihme selbst Recht sprechen, das Guth für Caduc erklären, und also mit Gerichtlicher Authorität selbes an sich ziehen kan, wie wir allda ausgelegt haben, wo doch das Appellations-Recht zu höheren Richter zu gehen, offen verbleibet, daß also allzeit unser Regul beständig verbleibet, daß eignem Gewalt nichts, sondern alles Obrigkeitlicher Authorität zu überlassen seye, wie in Sachsen der Brauch und rechtens zu seyn bezeuget Coler. Decis. 24. n. 1. & seqq. & Berlih. loc. cit. n. 8. Wo er doch das Recht der Eigenmächtigkeit denen mit der niederen Gerichtbarkeit begabten Grund-Herren sowohl widerspricht als jenen, die keine Jurisdiction haben, dißfalls ist unter solch beyden Land-Rechten Unterschid; Wir aber machen hier keinen Unterschid unter dem gemeinen und unseren Land-Recht, weilen D. Rath. loc. cit. assert. 113. mit standhafften Ursachen erweiset, daß auch aus Verordnung des gemeinen Rechts niemand erlaubt seye, ohne Obrigkeitliche Authorität seine eigene, oder ihme schuldige Sach (setze zu es mag eigen, Lehen, oder Gültbar seyn) anzufallen, also daß, wann er darwider handlet, die Herrschafft über die Sach verliehret, oder die an sich gezogene Possession zuruck stellen muß. L. si quis in tantam. 7. Cod. unde vi. Es hat auch die oben angeführte Ursach, daß durch die Caducität das Recht der Nutz-Nießlichen Herrschafft verlohren gehe, und solches dem Herrn zufalle, keinen Bestand, weilen, obwohlen durch die Caducität die Gerechtigkeit verlohren wird, doch nicht auch zugleich die Possession verlohren gehet, auf welche Possession die Recht, welche von Verlurst der Gerechtigkeit reden, nicht applicirt werden können, wie mit vilen Exemplen darthut Tyraquell. ad L. si unquam. vers revertatur. n. 338. Cod. de revocand. donat. welches absonderlich Platz hat, wann ein Gült-Bauer eine Ursach vorwendet, wegen welcher behaubtet von der Caducitäts-Straff frey zu seyn, von welchen Ursachen wir oben kürtzlich etwas geredt haben; dann, wann schon wir zulasseten, daß der Bauer wegen begangener Caducität alsogleich sein Recht verliehre, so wäre doch dises anderst nicht wahr, ausser die Caducität seye klar, liquid, und unzweyffelhafftig. Dann, wann sie ungewiß, und zwischen dem Herrn und dem Bauern strittig ist, so muß eben darum der Richter die Sach untersuchen und aussprechen.

Wir haben einen zu unsern Vorhaben sehr dienlichen und offt sich ergebenden Casum: Dann wann du setzest, daß mein Gült-Bauer inner 3. Jahren kein Gült geliefert, ich aber solche nach der Hand geliefert angenommen habe, so habe ich fürwahr das Recht nicht mehr, mich wegen der Caducität zu rühren, weilen ich darfür gehalten wird, ich habe mittelst Annehmung der ausständigen Gült die Caducität nachgesehen, ausser ich habe die ausständige Gült mit der ausdrucklichen Protestation empfangen, daß mir das Recht 10.

Recht wegen der Caducität vorbehalten seyn und bleiben solle. Jason. ad L. 2. Cod. de jure emphyt. n. 124. & seqq. Tusch. tom. 3. pract. conclus. Lit. E. conclus. 129. n. 81. & conclus. 193. n. 44. & seqq. Ein anders ist, wann ich die Caducität nicht gewust und vermeynt habe, daß die ausständige Gült geliefert worden seye, villeicht in meiner Abwesenheit meinem Beamten, oder Hauß-Meister. Amæd. à pont. in quæst. laud. quæst. 16. n. 4. Knich. tract. de vestit. paction. part. 1. cap. 1. n. 143. So lang also zwischen dem Grund-Herrn und dem Gült-Bauern ein Stritt ist, ob die ausständige Gülten mit oder ohne Protestation wissend oder unwissend angenommen worden, hat ja das eigenthumliche Anfallen und zu sich Ziehung der Gerechtigkeit des Bauerns nicht Platz, sondern es muß der Stritt, wo nicht durch formliche Proceß, wie unsere Land-Recht wollen, wenigist durch einen Erklärungs-Bescheid ausgemacht werden.

11. Was ist aber zu thun, wann der Grund-Herr, nachdeme die Gült 3. Jahr lang nicht gelieffert worden, gestorben, ehe der Herr sich erklärt hat, daß er haben wolle, daß die Caducität Platz haben solle, oder ehe er die Klag angefangen, und um den Bauern auszuschaffen begehrt hat? Und gemeiniglich wollen die Rechts-Gelehrte, daß des verstorbenen Grund-Herrn Erben das Recht nicht mehr haben, dise Erklärung thun zu können, gleichwie auch, wann du seyest, daß der Bauer, nachdeme er 3. Jahr lang die Gült nicht gelieffert hat, gestorben, ehe der Herr sich wegen der Caducität erklärt, und eine Klag geführt hat. Weilen darfür gehalten wird, es seye die Caducität nachgesehen worden, also daß des Grund-Herrn Erklärung wider die Erben des Gült-Bauerns nicht mehr angenommen wird. Berlich. loc. cit. n. 14. & 15. Mynsing. cent. 3. obser. 97. Tusch. tom. 3. lit. E. conclus. 190. n. 23. & conclus. 162. n. 168. Krafft jenes, was die Doctores in der Lehen Materi Lehren, daß, wann ein Vasall ein Felonii begangen hat, und deßwegen der Herr sich nicht bewegt hat bey Leben des Vasallen, der Herr nachgehends dessen Erben wegen der Felonii nicht mehr belangen könne; in Krafft der allgemeinen Regul, daß der Gewalt sich zu erklären nicht auf des Herrn Erben erstrecke, noch auch die Persohn des Vasallen überschreite. Mynsing. loc. cit. n. 2. Wurmser. de feud. obser. 26.

12. Dise Regul doch leidet einige Absätz, von deren erstern wir schon eine Meldung gethan haben, nehmlich, wann der Herr die Caducität verwirckt worden zu seyn nicht gewust hat, zum Exempel, weilen er vermeynt hat, die Gült seye seinem Beamten, oder Hauß-Meister, deme der Herr die Administration überlassen hat, zur rechten Zeit gelieffert worden. Wurmser. loc. cit. observ. 26. Andertens, wann der Herr vom Todt übereilet, nicht mehr Zeit gehabt hat, seine Erklärung wegen der Caducität zu thun, Wurmser. loc. cit. und Mynsing. n. 3. Drittens, weilen der Herr, ehe er sterbete, wider den lebenden Gült-Bauern die Klag schon eingerichtet, den Advocaten bestellt, und anders gethan hat, aus welchem sein Will, die Caducität-Klag fortzuführen, sattsam erhellet, weilen eins ist, daß die Erklärung mit Worten, oder in der That, oder in Zeichen geschehe, wodurch des Verstorbenen Will ohnzweyfelhafftig abgenommen werden kan. Wurmser. loc. cit. observ. 36. n. 3. Reyger ad Mynsing. observ. 97. n. 4. in marg. 4. Ausser es hätte sich die Caducität aus einer so schwehren Ursach, und harten Verbrechen zugetragen, welches den Verlurst des Lehen, oder des Gült-Guths an sich selbsten nach sich zieht. Wurmser. loc. cit. obs. 36. n. 2. Ant. Gabriel de malefic. lib. 7. conclus. 35. n. 16. Wo er doch die Sach also unterscheidet, daß dise Meynung allein Platz habe, wann die Straffen ipso jure an sich selbsten verwirckt wird, daß keines Menschen Hülff erfordert wird, ein anders ist, wo des Menschen Hülff beyhelffen muß. Dahero sich dise Regul auf deme besteiffet, daß ein Erb eines gültbahren Bauern nicht könne erklärt werden, die Caducität verwirckt zu haben, wann der Gült-Bauer selbsten noch im Leben darein nicht verfällt worden, und hingegen, daß auch der Erb die Straff, welche der Verstorbne in seinen Lebs-Zeiten nicht erklärt hat, nicht mehr Diction könne. L. fin. Cod. de revocand. don. Aus welchem Text der Schluß zu machen ist, daß wider den Erben keine Straff oder Ungnad, welche nicht wider den Verwircker selbsten erklärt worden, verhängt werden könne, weilen die Straffen der Persohn des verwirckenden ankleben, und sich nicht auf dessen Erben erstrecken, und die Straffen nicht anderst von denen Erben können erfordert werden, es seye dann der Erblasser schon darein verfällt worden. L. 164. ff. de R. J. L. in honorariis 35. ff. de O. & A. §. 1. Instit. de perpet. & tempor. act. Wo die Doctores über dise Materi mehrers schreiben.

Eine andere Frag ist, ob ein Gült-Bauer sich von der Caducität wegen 3. oder 2. Jahr lang nicht geliefferten Gült entschitten könne, wann er vor des Herrn anbegehrter Beraubung seines Rechts die Gült also gleich erlegen will? Dem geistlichen Recht nach ist die Sach klar, dann in cap. potuit. 4. sagt Pabst Gregor. daß, wann ein Gült-Bauer 2. Jahr lang (eben eins ist 3. Jahr lang) die Gült nicht gereicht hat, 13.

ein

ein solcher billich verstossen werden könne, wann er ihme selbsten nicht mit schneller Liefferung der ausständigen Gült helffen will, in Ansehung dises Texts lassen die Canonisten gemeiniglich die Entschuldigung sothaner Verweilung zu, wann die Liefferung der Gült anerbotten worden ist, ehe in Nahmen der Kirchen die Erklärung der Caducität fürgenommen wird. Covar. lib. 3. var. resol. cap. 17. n. 4. fach. lib. 1. controv. cap. 98. Corbul. de jure emphyt. cap. 15. limit. 41. Wo er n. 9. Dises in so weit erstreckt, daß ein Gült-Bauer einer Kirchen durch schnelle Gült-Liefferung seine Verweilung entschuldigen könne, wann schon der Grund-Herr sich erklärt hat, er wolle wegen der Caducität den Bauern verstossen, oder wann schon der Herr nach der Hand die Gült angenommen, und doch protestirt hat, daß er dessen ohnerachtet den Bauern vertreiben wolle. Didac. Covar. loc. cit. dict. cap. 16. n. 4. Aus Ursach, weilen dise Gutthat, daß nehmlich der Bauer sich mit schneller Gült-Liefferung helffen könne, dem Bauern zu gelassen wird, welche ihme der Herr durch seine Erklärung oder Protestation nicht benehmen kan.

Die Rechts-Gelehrte wollen zwar, daß ein anders seye bey weltlichen Gült-Güthe-ren, Fachin. dict. lib. 1. cap. 98. Covar. cap. 17. n. 4. Borch. tract. feud. cap. 3. n. 32. und mehr andere von Berlich. lib. 2. conclus. 46. n. 47. citirt, wegen mehrern Ursachen, welche in kurtzen Begriff geschriben hat Jason ad Dict. L. in emphyteuticariis 2. Cod. de jure emphyt. deren die vornehmste ist, weilen die Zeit der Caducität bey weltlichen Gült-Güthern lang ist, als bey Kirchen Gült-Güthern, weilen aber unsere Land-Recht, wie wir gar offt ermahnt haben, allzeit den milderen Weg gehen, so stehen wir sehr an, ob nicht die Verweilungs-Entschuldigung nicht auch bey weltlichen, wie bey Kirchen Gült-Güthern zugelassen werden müsse, weilen dem burgerlichen Recht nach dise Entschuldigung nicht verbotten ist, und die Gutthat des cap. potuit. Welches sich in der natürlichen Billichkeit gründet, scheinet, allen Gült-Bauern gemein zu seyn, wann dann auch vile Doctores bey Guid. Pap. quæst. 123. Cæpoll caut. 135. Francisc. Sormicent. lib. 3. Select. interpretat. cap. 5. Diß ohne weiters zu lassen, fürwahr, weilen die Canonische Recht ihre Recht genauer beobachten, als die burgerlichen Recht; so sehen wir nicht, warumen wir die denen armen Kirchen Gült-Bauern gestattete Barmhertzigkeit denen weltlichen abschlagen sollen, welche meistens mehr und härter als die Kirchen-Bauern beladen seynd?

14. Welche als billichere Meynung wann wir zu lassen, so sagen wir, es stehe in des Richters Ermeßigung, was für eine Zeit zu schneller Abführung der Gült erforderlich und genug seye, zu erkennen, und nach wohl überlegten Umständen also zu sprechen, daß keinem Theil unrecht geschehe. Wir seynd bey disen jammer vollen und betrübten Kriegs-Zeiten allzeit mehr denen armen Bauers-Leuthen als denen rauch und harten Herren geneigt gewesen, aus Ursach, weilen die Caducität eine, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, genugsam schwehrer Straff ist; Bey denen Straffen aber allezeit räthlicher ist, den gelinderen Weg zu gehen, und den Schuldigen loßzusprechen, als selben zu verfällen. Lese jedannoch über die Zeit der schnellen Entschuldigung den Corbul. dict. cap. 15. litimit. 41. wo er siebenerley Meynungen erzehlt.

Es giebt aber einige Fäll, wo keine Entschuldigung Platz hat weder bey Kirchen, oder weltlichen Gült-Güthern, der erste ist, wann der Bauer sich der Entschuldigungs-Gutthat verzihen hat, der andere ist, wann er geschwohren hat, auf eine gewisse Zeit die Gült zu liefferen, und solcher Liefferung allzeit beyzuhalten. Ein anders aber ist bey dem Juramento nudè assertorio. Der dritte ist, wann der Bauer in dem Instrument sich verbunden hat, daß, wann er in 2. oder 3. Jahren die Gült nicht gelieffert hat, das Guth dem Herrn frey heim gefallen seyn solle. Der vierte ist, wann die Stifft-Brieff aus Gewohnheit, Gebrauch und Stylo des Vatterlands die Krafft eines Instrumenti quarentigiati hat. Über welche 4. Fäll zu lesen ist. Corbul. loc. cit. cap. 15. limit. 41. n. 12. & seqq. und andere allda citirte Doctores. Dann uns thut unter der Hand das Buch wider unsern Willen anwachsen. 15.

Sonderheitlich doch ist zu mercken, daß, wann der Bauer nicht allein durch 3. sondern auch mehrere zum Exempel 10. oder 12. Jahr die Gült nicht gelieffert hat, und endlich nach so vil verfloßnen Jahren in die Caducität verfällt worden, er nicht gehalten seye, das Gült-Guth mit denen Früchten zuruck zu stellen; aus Ursachen, weilen der Bauer, der in Liefferung der Gült nachläßig ist, so lang und vil der Nutz-Nießliche Herr des Gült-Guths bleibt, so lang der Grund-Herr seinen Willen wegen der Caducität, daß er den Bauern verstossen wolle, nicht erklärt, und nach unsern Bayrischen Statuten bey der Obrigkeit sein Caducitäts-Recht nicht erhalten hat, so lang der Herr das Guth nicht mit Rechten einziehet dict. art. 15. dises Titsuls. Weilen nicht die Zeit des begangenen Verbrechens, sondern die Zeit der Erklärung des Herrn angesehen wird. Fachin. loc. cit. cap. 94. Corbul. cap. 15. n. 38. Mynsing. cent. 6. controvers 83. n. 5. Berlich. dict. conclus. 46. n. 48. Obwohlen 16.

es gute und in Schuhlen Erfahrnißte Rechts-Gelehrte seynd, die einen nachläßigen und saumseeligen Bauern auch zur vollstandigen Restitution verfällen. Lese den Tyraquell. und L. si unquam 8. Cod. de revocand. donat. Tusch. tom. 3. Lit. E. conclus. 192. n. 58.

17. Dises doch ist gewiß, daß der in die Caducität verfällte Bauer schuldig seye, auch die Gülten, so er nicht geliffert hat, zu liefferen. Dann es wäre sehr ungerecht, daß er die Früchten haben, die schuldige Gülten aber, welche eine Beschwerde der Früchten seynd, zu liefferen sich weigerte, gleichwie im Gegenspihl, wann nach Meynung des Tyraquell und anderer der Bauer verfället wird, das Guth samt denen Früchten von der Zeit der verjebten Caducität zuruck zu stellen, so ist er eben von Liefferung der Gült auch befreyet.

18. Was ist aber Rechtens, wann der Bauer 30. gantzer Jahr kein Gült gelieffert hat, hat er solcher Gült-Liefferung inner solcher Zeit præscribirt? Dise Fragen haben wir schon oben in etwas angegriffen, und werden wir selbe noch vollständiger durchsuchen in unserer Exegesi feudali, wo der eigentliche Sitz diser Materi ist, und von denen Rechts-Gelehrten weitläuffig in Disput gezogen würd, nehmlich ob was für Præscription wider den Lehen-Herrn Platz habe, in welche dise unsere Frag einschlagt. Wir thun dahero den Leser dahin anweisen, und kan unter dessen gelesen werden Jason in dict. L. 2. Cod. de jure emphyt. n. 72. & n. 126. Ant. thesaurus Decis. 179. per totum. & Boer. Decis. 336. n. ult.

19. Endlich, weilen der Articul sich auf mehrere andere Ursachen beziehet, wegen welchen dem gemeinen Recht nach die Caducität verwirckt wird: so ist die Frag, welche dise seyen? Und wir antworten in einem kurtzen Begriff, daß über diejenige, von welchen wir schon gehandlet haben, noch nachfolgende von denen Rechts-Gelehrten gemeiniglich zugelassen werden. 1. Die Lug, dann der Bauer, so um die Gült vom Herrn angefodert wird, wann er das Guth ein Gült-Guth zu seyn widerspricht, und deßwegen seiner Lug überzeigt wird, verliehrt sein Recht, und wird wegen seiner boßhafften Ablaugnung vom Gült-Guth verstossen. Corbul. de jure emphyt. cap. 1. n. 2. Gleichwie ein Vasall, der, wann er das Lehen, oder einen Theil des Lehen ablaugnet, das gantze Lehen, oder dessen Theil verliehrt, hierüber ist ein ausdrucklicher Text in cap. 1. §. Vasallus. Si de feud. vasall. defunct. content. sit int. dom. & agn. Wir haben gesagt boßhafft, dann wann die Ablaugnung aus Unwissenheit geschehen, dise bringt die Caducität nicht mit sich. Speculator. in §. nunc aliqua. quæst. 28. tit. de locat. 2. Die Ablaugnung der Stifft-Brieff 20. dann wir haben oben schon gesagt, daß, wann der Grund-Herr vom Gült-Bauern die Stifft-Brieff begehrt, solchen nicht ablaugnen könne, weilen solcher Brieff zwischen dem Grund-Herrn und dem Bauern gemeinschäfftlich ist; es ist also der Bauer in einem Verdacht, daß er dem Herrn das Grund-Guth anfechten wolle, wann er den gemeinschäfftlichen Stifft-Brieff boßhafft nicht aufzeigen will, also daß er zur Straff solcher Boßhafftigkeit seines Rechts beraubt werden kan. Corbul. de jure emphyt. cap. 3. 3. Die Vernachläßigung des An- 21. bauens der Güther, welche doch eine absonderliche Ursach der Caducität nicht ist, sondern unter der Abschlaipffung ist, wovon wir in vorhergehenden sattsam geredt haben. 4tens. Die Erneuerung der Investitur: 22. dem Lehen-Recht nach ist gewiß, daß, wann von Seiten des Vasallen, oder von Seiten des Lehen-Herrns durch einen Todt-Fall das Lehen sich ändert, die Erneuerung der Investitur inner Jahr und Tag bey Straff der Caducität geschehen müsse. text. in cap. 1. §. præterea. de prohib. feud. alienat. per frideric. cap. 1. in princ. quo temp. mil. & in cap. 1. §. titius. Si de feud. defunct. controvers. int. dom. & agn. art. 4 tit. 11. der Land-Recht. Dahero dise Verordnung 23. die Doctores gemeiniglich auch erstrecken auf die Gült-Güther, also daß bey sich ergebender Veränderung bey denen Gült-Gütheren die Erneuerung der Investitur bey Straff der Caducität eben so nothwendig ist, als bey einer Lehens-Abänderung; wie mit mehrerem ausführt Corbul. de jure emphyt. cap. 5. per totum. Wir aber können keinen Beyfall geben, daß dise Caducität nach unsern Land-Rechten Platz haben solle aus nachfolgenden Ursachen. Dann erstlich haben wir schon oben bey dem 11. und 12. Titul. der Land-Recht gesagt, daß unter einem Lehen und Gült-Guth diser merckwürdige Unterschid seye, daß bey einem Gült-Guth an Seiten des Herrn niemahlen eine Aenderung geschehe, mit der Würckung, daß der Bauer neue Stifft-Brieff zu begehren, oder den Anfall zu bezahlen schuldig seye. Wie doch der Vasall verbunden ist, neue Lehen-Brieff zu begehren, und den Lehen-Tax zu bezahlen, wann der Herr stirbt; es muß also in disem Fall der Vasall nach des Herrn Todt von dessen Erben die Lehen-Brieff begehren, sein Lehen erkennen, und den gewöhnlichen Lehen-Tax bezahlen; wann aber der Grund-Herr stirbt, da seynd des vorigen Bauerns-Erben weder die Gült-Gerechtigkeit zu erkennen, noch neue Stifft-Brieff zu begehren, noch das Anfall-Geld zu bezahlen schuldig, können also in keine Caducität verfallen. Dessen villeicht die Ursach

Ursach ist, weilen zwischen dem Grund-Herrn und dem Gült-Bauern gegen einander ein beyderseitiger verbindlicher Contract geschlossen wird, welchen beyderseiths Erben halten müssen, also daß solcher, wann er einmahl rechts behörig geschlossen worden, keine Erneuerung mehr nöthig hat, sondern die darüber errichtete Stifft-Brieff biß zu Auslöschung der völligen Familie dauren, auf welche die Gült-Güther gegeben worden, wann schon solche Familie auf etlich Jahr hundert dauret. Wo aber keine Erkanntnuß, keine Erneuerung keine neue Investitur erfordert wird, wie wird dann wegen deren Unterlassung die Caducitäts-Straff Platz haben? Man wird einwenden, daß zwar nach Recht und Gewohnheit unsers Vatterlands keine Erneuerung der Stifft-Brieff bey sich an Seiten des Herrn ereignender Veränderung nöthig, doch aber nöthig seye, bey Veränderung des Gült-Bauern, in Krafft der klaren Worten unsers Art. So offt sich mit dem Besitzer eine Veränderung zuträgt. Wir aber antworten, daß die Wort dises Art. nicht zu verstehen seyen von Erneuerung der Stifft-Brieff, sondern allein von nothwendiger Bezahlung des Anfall-Gelds, ein anderes aber ist, gehalten zu seyn, die Stifft-Brieff erneueren zu lassen, und ein anderes, gehalten zu seyn, mehrmahlen den Anfall zu erlegen. Man wird weiters einwenden, es seye in unsern Vatterland der Brauch, daß des Bauerns Erb bey Erlag des Anfall-Gelds, worzu er besagtermassen gehalten ist, auch neue Stifft-Brieff annehmen solle, empfangt einen neuen Stifft-Brieff: Antwort, diß geschehe zum Uberfluß, und aus keiner Schuldigkeit, weilen mir in unsern Land-Rechten nirgends gezeigt werden kan, daß einem Erben eines Erb-Rechten Gült-Bauerns die Erneuerung der Stifft-Brieff auferlegt seye; Man wird weiters einwenden, daß wenigist dem Erben des verstorbenen Gült-Bauerns obliege das Anfall-Geld zu bezahlen: welches wir bekennen, aber auch dises finden wir in dem gantzen unseren Land-Recht verordnet zu seyn nicht, daß wegen nicht bezahlten Anfall-Geld das Guth caduc werde: dann wann nur einmahl die Gült nicht geliefert worden, welche Gült-Lifferung doch die Haupt-Obligation eines Gült-Bauerns ist, und doch das Guth nicht caduc wird, so kan um so wenig daß nicht bezahlte Anfall-Geld das Guth caduc machen. Lese, was wir über den 9. Art. 2. Tit. des Gandt-Proceß geschriben haben, und diß alles ist wahr bey einem ewig Erb-Rechten Guth, weilen die erste Stifft-Brieff hingegen auch sich auf die Erben erstrecken.

24. Aber bey dem Leib-Recht, und Herrn-Gunst müssen bey jedwederen Besitzer besondere Brieff aufgerichtet werden, aus eben darumen klarer Ursach, weilen sie sich auf kein Erb-Recht besteiffen können, sondern für ihre Person ein besonderes Recht nöthig haben, welches wann abgehet, sie keine Caducität begehen, sondern das leibrechte Guth oder der Herrn-Gunst fallt dem Herrn frey zuruck, ja D. Rath loc. cit. assert. 118. lehret unsers Erachtens wohl, daß dem gemeinen Recht nach der Erb eines ewig leibrechten Guths, nicht mahlen gehalten seye das Anfall-Geld zu bezahlen, wegen oben angeführten Ursachen, weilen der Erb-Rechts Contract so wohl die Erben des Herrn als auch die Erben des Gült-Bauerns in sich schliesset; Gleichwie nun der Erb des Herrn das Recht und Gewalt nicht hat, wegen den Todt-Fall des Gült-Bauerns das Anfall-Geld zu begehren, also kan auch der Herr den Gewalt nicht haben, das Anfall-Geld von des verstorbenen Gült-Bauerns Erben zu forderen. Welches abermahlen ein nicht geringer Unterschid ist zwischen dem gemeinen und unseren Land-Recht, welches in sehr vilen Puncten denen Grund-Herrn mehrer geneigt ist, als denen armen Bauern, welche zu dem Rath, da diser Titul errichtet worden, nicht zu gezogen worden. Drittens ist dise Caducität von darumen in unsern Land-Recht überflüßig, weilen der Erb-Rechte Contract an sich selbst nichtig ist, wann der Nachfolger am Gült-Guth seine Stifft-Brieff nicht aufweisen kan, weilen sie als ein Substanz des Contracts erfordert werden, weßwegen wir disen Unterschid machen, wir mögen von des Gült-Bauerns Universal-Erben, oder von dessen Nachfolger aus einem besondern Titul handlen, dann es ist klar, daß in keintwederen Fall wegen nicht begehrter Erneuerung der Stifft-Brieff unserem Land-Recht nach die Caducität verwirckt werden könne, dann in dem ersten Fall wegen eines Universal-Erbens fragen wir, ob der Vorfahrer über sein Gült-Guth Stifft-Brieff gehabt habe oder nicht? wann er eine gehabt, so erstreckt sich schon besagtermassen der rechtmäßig geschlossene Gült-Contract auf den Erben, und hat keine Erneuerung der Stifft-Brieff nöthig, so lang des ersteren Gült-Bauerns Erben verhanden seynd, wie in unserem Vatterland der notorische Praxis und Gewohnheit ist; wann aber der Vorfahrer allein vermeynt hat, er habe und besitze ein Gült-Guth, hat aber keinen Stifft-Brieff jemahlen gehabt, dessen Erb kan die Erneuerung solcher Stifft-Brieff nicht machen, weilen sein Vorfahrer keinen Brieff gehabt hat; wie kan nun ein solcher Bauer wegen unterlassener Erneuerung der Stifft-Brieff eine Cadubität begehen, und seines Rechts beraubt werden? In dem anderen Fall, wann das Gült-Guth verkaufft oder sonst veräussert wird, ist wiederum

widerum keine Erneuerung der Stifft-Brieff nöthig, weilen eine ohne Vorwissen und Einwilligung des Grund-Herrn beschehene Veräusserung an sich selbsten nichtig ist, ist sie aber mit Willen und Vorwissen des Herrn geschehen, so ist der Bauer ein neuer Gült-Bauer, der neue Stifft-Brieff nöthig hat, ist also abermahlen die Erneuerung der Briefschafften nicht nöthig, folglich keine Caducität zu besorgen. Wir halten also darfür, daß in unserem Land-Recht dise Caducität nicht beobachtet werde, noch im Brauch seye. Viertens thun die mehrere Doctores dem gemeinen Recht nach auch zu dem ersten Gült-Contract, wider unsere Meynung, und wider die klare und ausdruckliche Verordnung unsers Land-Rechts die Errichtung der Stifft-Brieff nicht erforderen; wie können sie deren Erneuerung und zwar bey Straff der Caducität inner Jahr und Tag erfordern?

Du wirst sagen, hier werde von Erneuerung der Stifft-Brieff nicht, sondern von des Bauerns Nachfolgers Schuldigkeit gehandlet, daß er sich dem Herrn stellen, sein Guth als Gült-Guth bekennen, und die præstanda præstirn solle. Wir aber antworten, daß jenes, was bey Lehen wegen der Lehen-Bekanntnuß nöthig ist, bey denen Gült-Güthern auf keine Weiß beobachtet werde. Dann der Erb, wie wir gesagt haben, hat eben darumen die Bekanntnuß nicht nöthig, weilen er durch seines Vorfahrers-Recht sicher ist; ein Privat-Nachfolger aber kan zum Gült-Guth nicht gelangen, wann er nicht darüber des Herrn Consens, und seinen Stifft-Brieff erhalten hat, daß also die Investitur, welche die Doctores zur Gleichnuß der Lehen ihnen einbilden, in Krafft der Gewohnheit unsers Vatter-Lands, nur ein erdichte Sach ist.

25. Die 5te Ursach der Caducität setzen einige bey jenem Bauern, der ein Gült-Guth mit Gewalt unter sich bringt, und den andern eignen Gewalts austreibt, und in der That ein Spolium begehrt. Dises aber ist eigentlich keine Caducität, weilen hierdurch dem Grund-Herrn nichts zu gehet, sondern aus Verordnung des L. si quis in tantam 7. Cod. unde vi. der Grund jenem zuruck gestellt werden, der den Gewalt hat ausstehen müssen.

26. Die 6te Ursach ist, wann die Form des Guths geändert wird, dann es ist ein gemeine Lehr, daß der Bauer seine Gerechtigkeit verliehre, wann er des Guths Form verkehrt hat. Zum Exempel, wann er einen Wald zu einem Gült-Guth empfangen, die Bäum umgehauen, und den Holtz-Bock zu einen Acker, Wiesen, oder Wein-Garten gemacht hat. Weilen doch die mehrere wollen, daß die Gült-Bauern die Güther ändern können, wann durch solche Aenderung das Guth verbessert wird, gleichwie, wann aus einem Acker, einem Wein-Garten, oder Wiesen mehrer Nutzen kan geschöpfft werden, als aus dem Wald, dahero ist dises keine besondere Caducität, sondern wird unter der Caducität des Abschlaipffs begriffen, welche wir oben schon ausgelegt haben.

Man wird sagen, daß ein Nutz-Niesser wegen Abänderung des Guths die Nutz-Niessung verliehre, wann er schon das Guth zu bessern Nutzen verändert hat. L. hactenus §. Neratius. ff. quibus modis ususfructus amitt. L. repeti §. rei mutatione. ff. eodem. Also auch verliehrt der Gült-Bauer sein Recht, wann er schon das Gült-Guth in bessern Stand umändert: Es ist aber die Folg zu widersprechen. Dann der Gült-Bauer hat ein stärckeres Recht als ein blosser Nutz-Niesser. Dann der Gült-Bauer hat das utile dominium, der Nutz-Niesser hingegen allein das Recht die Früchten zu empfangen, welche, weilen sie nach des Grunds veränderter Form nicht mehr die vorige Früchten seynd, so ist sich nicht zu verwundern, daß der Nutz-Niesser durch Umänderung des Grunds-Form sein Recht verliehre, welches Recht doch der Gült-Bauer beybehaltet, wann er den Grund in bessere Form bringet, weilen des Gült-Contracts Natur, und Eigenthum ist, daß der Besitzer den Grund verbessern müßte. Corbulus loc. cit. cap. 10. n. 6. Wo er doch beysetzet, daß, wann einer einen Wald zu einen Gült-Guth bekommet, mit diser Bedignuß, daß er dem Grund-Herrn alle Jahr vor die Gült ein gewisse Anzahl Holtz liefern müste, eben darum darvor gehalten werde, stillschweigend bedungen worden zu seyn, daß er den Wald nicht umkehren, sondern ein Wald bleiben lassen solle; in Krafft l. Si debitor §. veri simile ff. de contrahn. Emption. l. legatu ff. de usu fruct. legat. Endlichen führen die Rechts-Gelehrte noch andere Art der Caducitäten an, als den natürlichen oder bürgerlichen Todt, wann der Bauer sich seines Rechts verzeiht, wann des Bauerns Freundschafftliche Linie abstirbt. Wann die Zeit verstrichen, auf welche das Gült-Guth verlichen worden, und dergleichen ꝛc. Welche Arten, weil sie den Namen einer Caducität nicht verdienen, und vilmehr hierdurch das Gült-Guth dem Grund-Herrn offen wird, und ihme heimfallet, so ist deren Auslegung anhero nicht gehörig.

Der

Der ein und zwantzigste Articul.

DEr Anfall, so offt sich mit dem Besitzer ein Veränderung zuträgt, wie die Geschicht, soll also genommen, und bezahlt werden, daß von 100. fl. wie die Gerechtigkeit des Guths ausser der Fahrnuß geschätzet worden, 5. fl. und nicht darüber kommen. Wo aber bißhero weniger im Brauch gewesen, darbey soll es bleiben. Wann auch an einem Orth die Abfahrt neben dem Anfall oder Zustand zu nehmen gebräuchig, und kundlich herkommen, mag dieselbe an solchen Orthen fürterhin auch genommen werden, da auch ihr zweyen eines Guths-Gerechtigkeit, oder eines Herrn-Gunsts halber mit einander einen Kauff, Ubergab, oder dergleichen gemacht, oder geschlossen, solches auch der Grund-Herr anzeigt, und sein Bewilligung erlangt hätte, ist man dem Grund-Herrn den Anfall schuldig, obgleich der Contract wieder zuruck gienge.

Summaria.

1. Ob die Bezahlung des Anfall-Gelds auch von Lehen-Güthern geschehen müsse?
2. Ob aller Orthen für Anfall-Geld 5. fl. vor hundert bezahlt werden müssen?
3. Was für ein Zeit zu Probirung der *Observanz* erfordert werde, daß in einem Orth mehr oder weniger als 5. fl vom hundert allzeit bezahlt worden?
4. Was für ein Unterschied seye unter einer Gewohnheit, und einer *Observanz*, und was für ein Zeit zu Einführung einer Gewohnheit erfordert werde?
5. Ob auch von einem leibrechten Guth das Anfall-Geld bezahlt werden müsse?
6. Auch bey einen Vergleich?
7. Und bey noth gedrungener Verkauffung?
8. Bey Auszeigung eines Heyrath-Guths, es mag das Gült-Guth geschätzet, oder ungeschätzt zum Heyrath-Guth worden seyn?
9. Ob das Anfall-Geld bey jedwederer Veräusserung bezahlt werden müsse?
10. Wann die Partheyen von bereits geschloßnen *Contract* abweichen, ob nicht ein doppeltes Anfall Geld bezahlt werden müsse?
11. Ob das Anfall-Geld müsse bezahlt werden bey beschehenen Wiederkauff.
12. Was Rechtens, wann der *Contract* durch Einstand-Recht hintertrieben wird, ob ein doppeltes Anfall-Geld bezahlt werden müsse?
13. Was Rechtens, wann der *Contract puncto Restitutionis*, oder wegen Beschädigung über die Helffte umgestossen worden?
14. Wann das Anfall-Geld schon zuvor bezahlt worden, ehe der *Contract* umgestossen worden, ob vom Grund-Herrn das Anfall-Geld zuruck begehrt werden könne?
15. Wann das Gült-Guth verkaufft wird, ob auch die *Mobilien*, und Früchten mit eingeschätzet werden müssen, und davon das Anfall-Geld angerechnet werden könne?

WIr haben schon oben bey dem 21. Tit. 8. Art. der Land-Recht gesagt, daß im Bayerland sowohl von Gült-Güthern, als auch von Beutel-Lehen dem Grund-Herrn zu Erkanntnuß einer Herrlichkeit das Anfall-Geld bezahlt werden müsse, so offt bey das Lehen-oder Gült-Guth eine Aenderung geschiehet, welches in disem Articul so vil die Gült-Güther betrifft, mit mehrerem bestättiget wird, wo gleich zum Anfang vorzumercken ist, daß dißfalls unter dem gemeinen, und unsern Land-Recht ein
Diff. doppelter Unterschied seye. Der erste ist: daß dem gemeinen Recht nach von Gült-Güthe-
1. ren kein Anfall-Geld bezahlt werde, ausser es seye an einen oder andern Orth ein anders durch sonderheitliche Gewohnheit eingeführt worden. Hartman. Pist. lib. 1. quæst. 50. n. 61. Wo er mehr andere citirt, weilen doch der 8. Art. Tit. 12. der Land-Recht die Beutel-Lehen dißfalls den Gült-Güthern gantz gleich haltet, also, daß der Lehen-Reich nicht minder ist, als der zwantzigste Theil vom Wort des verkaufften, oder sonst veräusserten Guths, gleichwie das Anfall-Geld bey Veräusserung der Gült-Güther, welches Anfall-Geld dem gemeinen Recht nach nicht der zwantzigste, sondern der 50te Theil ist, besag l. fin. §. ne avaritia cod. de jur. emphyt. wo der Kayser Justinianus sagt, damit nicht die mit dem Geitz behaffte Grund-Herrn grossen Gewalt Geld wegen Ertheilung ihres Consens zu Veräusserung des Gült-Guths erpressen, so soll ihnen nicht mehr erlaubt seyn, wie ihre Unterschrifft mehr dann den 50ten Theil des Werths: (Verstehe wann die Sach verkaufft wird) oder wann die Sach sonst veräussert wird, zu empfangen. Also daß in unserem Land-Recht das Anfall-Geld mercklich vermehrt worden, indem die gemeine Recht allein 2. fl. vom hundert, unsere Land-Recht aber 5. fl. vom hundert zu lassen.

2. Diser Entwurff des Anfall-Gelds doch ist nicht so gewiß, also daß in gantzen Land an allen Orthen 5. fl. von hundert für Anfall-Geld bezahlt werden müssen, sondern wann an einem Ort weniger der Brauch gewesen, wird befohlen, daß solches auch künfftig beobachtet werden müsse, also daß ein Gesatz ist, daß für Anfall-Geld mehr nicht als 5. fl. vom hundert angenommen oder begehrt werden solle, weniger bezahlt werden könne, wo erwiesen wird, daß bißhero weniger zu bezahlen Herkommens gewesen. Wir sagen dannenhero, es seye eine Regul, daß jener, der für Erkanntnuß der Herrlichkeit zu einem Anfall-Geld 5. fl. vom hundert, oder den 20ten Theil begehrt, die præsumtionem juris für sich habe, also daß ein jedweder Gült-Bauer, der sich in der Gewohnheit weniger bezahlt worden zu seyn, besteiffet, solche probiren muß, gleichwie heut zu Tag 5. fl. per cento im Römischen Reich für Zinß passiret werden, und jenem, der saget, daß nach Gewohnheit des Orths weniger und nur 3. fl. pro cento bezahlt werden (wie an mehreren Orthen der Brauch zu seyn, wir selbsten wahrgenommen haben) die Prob oblieget.

3. Was für eine Zeit aber erwiesen werden müsse, kan man ansehen, D. Rath. loc. cit. assert. 118. erfordert ein unfürdenckliche Verjährung, zur Gleichnuß der Præscription bey denen Servitutibus causam discontinuam habentibus. Weilen aber in unserer vorgestellten Frag nicht von Vermehrung einer Servitut, sondern vilmehr von derselben Verminderung gehandlet wird, so vermeinen wir, es seye die Præscription von 30. Jahren, ja wohl auch die ordinari Verjährung, wann nur solche observanz kundbar ist. Wann also setzen willst, daß 10. oder 20. Jahr vor Publicirung unserer Land-Recht wegen disem oder jenem Gült-Guth für Anfall-Geld mehr nicht dann 2. fl. per cento bezahlt worden, so kan auch in das künfftige nicht mehrer gefordert werden, weilen ungeschickt ist, über die Verjährung dispurirn, warum bey Behaltung des ältern Rechts gehandlet wird. D. Rath loc. cit. ist von disem Casu keineswegs zu verstehen, sondern vom umgekehrten Casu, wann einer aus denen härteren Grund-Herren mehr als 5. fl. per cento begehrt, dann solchenfalls kan billig in Zweifel gezogen werden, ob nicht eine Præscription über Menschen Gedancken nothwendig seye? Aus Ursach, weilen etwas ungewöhnliches und übermäßiges wider unsere Land-Recht schnurstracks lauffendes begehrt wird, bey welchem daß eine Præscription über Menschen gedencken nöthig seye, weitläuffig ausführet Covar. ad cap. possessor de R. I. in 6. §. 4. per totum.

Es ist wahr, daß unser Articul ausdruchlich verordne, daß, wann in einem Orth die Observanz gewesen, daß bey Veränderung eines Gült-Guths 10. fl. vom hundert, das ist, vom neuen Bauern 5. fl. zum Anstand, und an Seiten des abkommenden Bauern zu Abfahrt 5. fl. vom hundert genommen werden, eine solche Observanz beobachtet werden müsse, also daß wir in Semicent nost. controv. 21. per totum ausgeführt und gesagt haben, daß im Churfürstlichen Revisions-Rath also gesprochen worden seye, daß die Verjährung von 30. Jahren genug seye; der geneigte Leser aber wird leicht begreiffen, daß diser Casus vom vorigen unterschieden seye. Dann in disem Casu wird gehandlet von zwey Persohnen nehmlich vom verkauffenden Bauern, oder der sonst das Guth veräussert, und vom kauffenden Bauern, oder das Guth einhandlet. Gleichwie nun der neue Kauffer zur Danckbarkeit der ihme ertheilten Gutthat das Anfall-Geld bezahlen muß, nach Innhalt unserer Bayrischen Statuten, also hingegen thun sie die Gewohnheit nicht mißbilligen, in Krafft welcher der alte Bauer zur Danckbarkeit für den zur Veräusserung ertheilten Consens eben so vil zahlt. Dahero haben wir gesagt, daß zu diser Verjährung 30. Jahr genug seyen, weilen eine solche Verjährung nicht wider das Verbott der Rechten, sondern allein neben der rechten Verordnung lauffet. In dem vorigen Casu aber, wo vom neuen Bauern mehr dann 5. fl. vom hundert Anfall-Geld zum Exempel 6. 7. oder 8. fl. vom hundert begehrt wird, wider das ausdruckliche Gesatz, welches dise Wort in sich enthaltet, daß der Anstand auf 5. per cento und NB. nicht darüber kommen soll, kan ein anderes nicht gesagt werden, als daß nur die Verjährung über Menschen gedencken zu gelassen werde: Uber dise Materi also ist mit einem Wort unserer Meynung nach ein dreyfacher Unterschied zu mercken; der erste ist, wann ein geringeres Anfall-Geld als 5. fl. vom hundert: Zum Exempel nur 2. fl. vom hundert, nach Innhalt des Codicis verlangt wird. Dann solchen Falls zweiflen wir nicht, daß 10. oder 20. Jahr genug seyen; wann aber zweytens ein grösseres Anfall-Geld als 5. fl. zum Exempel 6. 7. oder 8. fl. vom hundert von des Bauerns Persohn verlangt wird, da kan nicht anderst als in unfürdencklichen Jahren præscribirt werden: Bey dem dritten Fall aber, wo der Anstandt, und Abfahrt begehrt wird so wohl vom neuen als dem abkommenden Bauern, ist gesprochen worden, daß solches Recht in 30. oder 40. Jahren könne erworben werden. Dann wann schon der Articul sich der Verjährungs-Wort nicht: Sondern des Worts Observanz bedient, so wird doch, wo von dem alten Herkommen gemeldet wird, bey favorabler Sach 10. oder 20. Jahr ein lang und

und altes Herkommen genennt. L. si eum §. Aristoff. qui & à quibus. Glossa. & DD. ad Rubr. Cod. quæsit longa consuet. oder gewiß, wo um eine wichtige Sach zu thun ist, 30. oder 40. Jahr. Mynsing. in respon. suis. respon. 21. n. 34. Mecich. in Decis. cam. tom. 2. fol. nobis 247. n. 85. bey jenen Sachen aber, welche gantz ungewohnt und verbotten seynd, ein unfürdenckliche Zeit, daß also, so offt in unsern Bayerischen Statuten etwas enthalten ist von dem alten Herkommen, dises Wort nach Beschaffenheit der Sach, wovon die Red ist, allzeit müsse verstanden werden, wie wir schon anderstwo gesagt haben, und noch weiters bey dem 22. Tit. 6. Art. der Land-Recht, und bey dem 7. Tit. lib. 16. der Gerichts-Ordnung sagen werden.

4. Was aber unter einer Gewohnheit und Observanz für ein Unterschied seye, ist in der citirten Controv. 21. n. 15. enthalten, und thut solchen schön erklären D. Rath. cit. assert. 118. nemlich, daß die Observanz, wodurch eine Verjährung eingeführet wird, allein gewisse und besondere Personen betreffe, die Gewohnheit aber eine gantze Gemeind, ein gantzes Orth oder District, also daß D. Rath. vermeynet, daß, obschon in der Materi des Anfall-Gelds, und in dem Fall, da über 5. Gulden vom hundert begehret wird, eine unfürdenckliche Zeit nöthig, bey einer Gewohnheit doch 30. oder 40. Jahr genug seyen, wann jenes mit einschlagt, was sonsten zu Probirung der Gewohnheit nöthig ist. Wir stehen dißfalls an, aus Ursach, weilen hier von einer Observanz, welche einem Verbott Abbruch thun will, gehandlet wird, welche unsers Erachtens allzeit eine unfürdenckliche Zeit erfordert, absonderlich bey gehässigen Sachen, wie da seynd die Beschwärde der Unterthanen. Gravet. de antiquit. temp. Part. 4. Sect. 5. n. 13. wo er lehret, daß der Begierlichkeit der Grund-Herren zu begegnen seye, damit sie nicht so leicht wider die Unterthanen eine Gewohnheit mehrere Beschwärde zu erforderen vorschutzen können, weilen allzeit solche Beschwärde durch Gewalt erpreßt worden zu seyn, die Muthmassung ist.

5. Bißhero haben wir gesagt, daß bey denen Gült-Güthern nach unseren Land-Recht für das Anfall-Geld sowohl von dem, der das Guth kaufft, eingetauscht, oder sonst an sich gebracht hat, als auch von dem der das Guth geerbet hat, nicht allein 5. Gulden vom hundert, sondern auch, wo die Gewohnheit oder Observanz ist, von beyden Bauern, nemlich dem Guths-Antretter, und von dem Guths-Abtretter 10. Gulden vom hundert bezahlet werden müssen, und zwar 5. Gulden vom antrettenden, und 5. Gulden vom abtrettenden Bauern, jetzt aber wird die Frag gestellt, ob eben dises auch Platz bey denen Leib-Recht-Güthern? Und D. Rath antwortet loc. cit. assert. 119. mit nein, aus Ursach, weilen bey Verkauffung der Nutz-Niessung der Bauer nicht verendert werde, sondern das Recht bey dem Vorfahrer verbleibe, und allein der Genuß dem Käuffer zugehe, welcher nach Absterben des Verkäuffers aufhöret. L. arboribus. §. usufructuarius. & L. non utitur. ff. de usufruct. Weilen jedoch D. R. sihet, daß ihme der 8. 15. und 21. Art. wiederstrebe, weilen in all disen Stellen, daß nach verkaufften oder veräusserten Leib-Rechten Guth das Anfall-Geld bezahlet werden müsse, ausdrucklich verordnet wird, so mattet er sich sehr ab, und thut endlich die Bezahlung des Anfall-Gelds nur auf jenen Fall einschräncken, wann von dem Grund-Herrn anfänglich die Leib-Gerechtigkeit aufgerichtet wird, und nicht, wann solche durch Kauff oder durch andere Contract veräussert wird; Diser berühmte Mann aber, wie wir oben schon erinnert haben, irret sich in deme, weilen er das Nutz-Niessungs-Recht haltet, wo doch in der That bey Verleihung der Leib-Gerechtigkeit das utile Dominium, wie bey einem Erb-Rechten Guth, überlassen wird, also daß nicht allein der Genuß der Früchten, sondern das Recht die Früchten einzusammlen auf den Nachfolger-Amt-Guth übergeben wird, wie wir kurtz zuvor, und in Semicent. nost. 1. Controv. 30. vollständiger erwiesen haben, und die tägliche Erfahrnuß bestättiget. Wir haben in unsern Bayrland über 100. dergleichen Leib-Rechte Güther, welche eben so, wie die Erb-Rechte in Handel und Wandel stehen, verkaufft, und durch zerschiedene Contract veräussert werden, also daß zu Zeiten ein Leib-Rechtes Guth in die dritte und weitere Hand kommt. Zum Exempel, der Titius verkaufft es dem Sempronio, diser dem Cajo, und diser noch weiter, also, daß bey jedwederer Veränderung ohne Widerred das Anfall-Geld bezahlt werde; und dises ist nicht allein auf das Anfall-Geld, sondern auch auf das Abfahrt-Geld zu verstehen; bey uns ist der Brauch, daß für das Abfahrt-Geld nur 2. Gulden 30. Kreutzer, für das Anfall-Geld 5. Gulden, zusammen also 7. Gulden 30 Kreutzer vom hundert von dem Grund-Herrn gefordert werden: Dahero dann dise hergebrachte gewöhnliche Gelder sowohl die Erb- als auch die Leib-Rechte Bauern ohne Widerred gantz gutwillig bey jedwederer Veränderung be-

zahlen, und wir haben bey sehr vilen Veränderungen keinen Bauern gehabt, der sich der Bezahlung wiedersetzt hätte, welches ein handgreiffliches Zeichen ist, daß bey jedwederen Erb- oder Leib-Rechten Guth, oder Herren-Gunst auf den Besitzer das Recht des utilis Dominii übergehe, daß also die gemeine Recht, so von der Nutz-Niessung reden, anhero nicht können applicirt werden.

6. Was ist aber vom Vergleich zu sagen, muß wohl auch bey disem das Anfall-Geld bezahlet werden? Nach unserer Meynung ist die Antwort leicht, mit disem Unterschied, ob durch den Vergleich das Gült-Guth bey dem vorigen Besitzer verbleibe, oder einem andern zukomme? In ersten Fall ist man kein Anfall-Geld schuldig, weil der Besitzer sich nicht ändert, sondern die Sach in alten Stand verbleibet, und nur der Stritt-Handel aufgehebt wird. Diser Casus ist fast täglich, dann weilen über alle Gült-Güther auch wegen gemachten Schulden ohne des Grund-Herrns Consens die Execution erkennet werden kan, in Krafft des 4. Art. 11. Tit. des Summarischen Proceſs; so ist öfftistens nothwendig, daß unter dem Gült-Bauern und unter seinem Schuld-Glaubiger ein Vergleich angestellet werde, also, daß dem Glaubiger gewisse Zihler zum bezahlen angesetzt werden, oder das Gült-Guth an Bezahlungs-Statt eingeraumet wird, nachdeme etwas gewisses ausgesteckt worden, welches er dem vorigen Besitzer zu einem Recompens bezahlen muß. Dahero im ersteren Fall, wo das Guth beym alten Besitzer verbleibet, ist man kein Anfall-Geld schuldig, in dem anderen Fall aber, wo das Guth dem Glaubiger zufallet, muß das Anfall-Geld bezahlet werden, weilen eine Aenderung geschicht; Unser Art. aber thut bey jedwederer Veränderung, wie die Beschichte in genere die Bezahlung des Anfall-Gelds erforderen. Lese den Tyraquell. de retract. tit. 1. §. 1. Gloss. 14. n. 61. & seqq. Molin. ad consuet. Baris. §. 22. quæst. 21. n. 67. Von diser Anfall-Gelds-Materi schreibt gar schön Hartman. Pistor. lib. 1. quæst. 50. per totum. wo er eine allgemeine Regul setzt, daß dem Grund-Herrn allzeit das Anfall-Geld bezahlet werden müsse, so offt das Gült-Guth einem anderen zufallet, welche Regul fürwahr mit unseren Land-Recht in denen Worten, wie die Beschicht, völlig über eins stimmet. Wann also einer ein Gült-Guth auch mit Vorbehalt der Widerlosung gekaufft, oder sonsten durch Einstand-Recht, oder Bezahlungs-Statt, oder geschenckter, oder durch eine Vermüthung über 3. Jahr oder am Heurath-Guth, durch ein Erb, oder Erbs-Abtheilung, durch ein Legat, oder in andere Weg unter lebendigen oder von Todts-wegen erhalten hat, der ist allzeit gehalten, dem Herrn das Anfall-Geld zu bezahlen, weilen unser Art. insgemein von aller Veränderung redet, und keine ausschliesset.

Dise Frag allein, was bey einer nothwendigen Veräusserung zu sagen seye, welche bey der Vergantung geschicht, leidet eine Beschwärnuß. Und obwohlen Hartm. Pistor dict. quæst. 50. n. 52. will, und andere zum Behuff seiner Meynung anführet, daß bey einer nothwendigen Veräusserung (welche die Vergantung ist) welche auf Zusammenlauffung der Glaubigern von Amts-wegen, und aus Befehl des Gesatz geschehen muß) kein Anfall-Geld zu bezahlen man schuldig seye, so thut doch Ant. Faber in Cod. suo ad tit. de jure emphyt. 23. sagen, daß ein uralt eingeführte Gewohnheit seye, daß auch, nachdeme auf Begehren der Glaubiger eine Vergantung geschicht, das Anfall-Geld bezahlet werden müsse. Wann also das Anfall-Geld in dem Fall bezahlet werden muß, wovon der Ant. Faber redet, da die Gült-Güther verpfändet und verhypotheciret worden, da sie ohne des Grund-Herrn Consens nicht können verschrieben und verpfändet werden, so muß um so mehr das Anfall-Geld bezahlet werden, wann die Vergantung wegen blossen gemeinen Glaubigern geschicht. Fürwahr unser Art. nimmt die Vergantung nicht aus. Es hat demnach bey der allgemeinen Regul sein verbleiben, daß auch bey der Vergantung der Käuffer seinen Grund-Herrn erkennen, und zum Zeichen solcher Erkanntnuß das Anfall-Geld bezahlen müsse; dann es wäre unbillig, daß der Grund-Herrn aus Verschulden des Bauerns, so Schulden macht, seines Rechts, das Anfall-Geld zu forderen, beraubet werden solle. Und wir haben sehr offt gesehen, daß es also gehalten werde. Es mögen Amad. à Pont. quæst. 26. und Tyraquell. de retract. §. 29. Glossa 1. n. 4. & Gloss. 2. in princ. & §. 1. Glossa. 14. n. 18. und n. 109. sagen was sie wollen, wo sie wollen, daß, wann ein Gült-Guth an Bezahlungs-Statt überlassen wird, das Anfall-Geld nicht könne begehret werden, wann solche Uberlassung nothwendig ist; es wird aber gesagt, das jene nothwendig seye, welche aus Obrigkeitlichen Zwang geschihet. Amad. de Pont. quæst. 27. und Jos. Ludovic. decis. Peruv. 60. n. 7. Sie werden dahin aus der Ursach verleitet, weilen die Bezahlung des Anfall-Gelds gleichsam

sam ein Verzeyhung des ertheilten Consens seyn solle, und dahero Amad. de Pont. quæst. 13. noch weiters gehet, daß ein Gült-Bauer, deme von dem Grund-Herrn das Recht ohne des Herrn Vorwissen und Willen eine Veräusserung thun zu können gestattet worden, ein Gült-Guth einem anderen veräussern könne, ohne daß solcher ein Anfall-Geld bezahlen müsse, welches aber uns nicht eingehet. Dann obwohlen ein solches Pactum dem Bauern den Gewalt einraumet, das Guth frey ohne Requisition an wem er will verkauffen zu können, so thut doch solches dem Nachfolger am Guth von Bezahlung des Anfall-Gelds nicht befreyen. Aus Ursach, weilen die Nothwendigkeit den Consens einzuholen, die Haubt-Ursach das Anfall-Geld zu bezahlen nicht, sondern die Erkanntnuß des Grund-Herrns ist. Wann also schon dem abkommenden Bauern die Einholung des Consens nachgesehen worden, so ist doch deßwegen dem nachfolgenden Bauern nicht nachgelassen worden, die Erkanntnuß des Grund-Herrns, dessen Ehrenbietung und Unterthänigkeit.

8. In vorhergehenden haben wir wiederholter massen erinnert, daß weder die gemeine Recht die Anfall-Gelder auch von denen nachfolgenden Erben, Söhnen, oder anderen Bluts-Befreundten, und der ersteren Investitur einverleibten bezahlt werden müssen. Diß ist nach unserem Land-Recht wahr, welches insgemein bey jedwederer Veränderung des Gült-Bauern ohne Unterschied die Bezahlung des Anfall-Gelds erforderet, daß aber dem gemeinen Recht nach ein anderes seye, mercken an Pistor. dict. quæst. 50. n. 51. und D. Rath. loc. cit. assert. 120. und dahero machen sie nicht unbillig wieder einen Unterschid zwischen dem gemeinen und unseren Land-Recht, welchen die tägliche Praxis bestättiget, und daherο haben wir auch gesagt, daß auch das ausgesteckte Heurath-Guth das Anfall-Geld zu bezahlen nicht ausgenommen seye, wann schon der Vatter das Heurath-Guth ausgestecket hat, der seine Tochter auszuheurathen, und sie auszusteuern schuldig ist, und im solchen Fall ein zweyfacher Umstand zusammen kommt, der Favor des Heyrath-Guths, und die Noth der Veräusserung, zumahlen aus beyden solchen Umständen keiner genug ist, den Bauern von der dem Grund-Herrn schuldigen Reverenz und Unterthänigkeit enthebt, sondern er dem Grund-Herren rechts behörig erkennen muß, welches gleichfalls bey uns eine notorische Sach ist, weilen die Bauern meistens ihre Gült-Güther ihren Töchtern zum Heyrath-Guth, und überall jenen, welche die Gült-Güther zum Heyrath-Guth annehmen, ohne Widerred die Anfall-Gelder bezahlet werden. Die Ursach ist, weilen durch den Heyrath eine wahre Veränderung des Besitzers geschicht, sofolglich die Bezahlung des Anfall-Gelds geschehen muß. Weilen jener, der alles sagt, nichts ausnimmt, es thut auch nichts zur Sach jener Unterschid, welchen Amad. à Pont. quæst. 19. beybringet, ob das Gült-Guth geschätzter zum Heyrath-Guth gegeben werden, oder nicht: dann in solch beyden Fall wird der Guths-Besitzer veränderet, und folglich muß die Bezahlung des Anfall-Gelds bezahlet werden, allein mit dem Unterschid, daß in dem ersten Fall, da das Gült-Guth geschätzter zum Heyrath-Guth gegeben worden, darfür gehalten werde, das Guth seye käufflich übergeben worden, das nachfolglich in Krafft des 8. Art. 12. Tit. der Land-Recht, von dem Kauff-Schilling 5. Gulden vom hundert bezahlt werden müssen, in dem anderen Fall aber muß das Guth eingeschätzt, und von eingeschätzten Werth auch das Anfall-Geld vom hundert 5. Gulden angesetzt werden, mit welchem einstimmet der Text in L. ult. Cod. de jure emphyt. wo gesagt wird, es solle ihnen mehr nicht erlaubet seyn zu empfangen, ausser den 20sten Theil NB. des Kauff-Schillings, oder wie das Guth eingeschätzt worden. Lese doch was wir bey dem 12. Tit. 8. Art. der Land-Recht gesagt haben.

Genugsam haben wir ausgelegt, welchergestalten das Anfall-Geld müsse bezahlet werden, es mag das Gült-Guth veräussert werden, wie es wolle. Was ist aber jetzt zu sagen, wann sich der Contract zerschlaget? Wann zum Exempel ein Verkauff oder andere Veräusserung geschehen, und nachgehends der Contract mit beyderseits Consens wieder aufgehebt worden, ob nichts destoweniger das Anfall-Geld bezahlet werden müsse? Und es ist zu antworten mit ja, nicht allein nach unseren Land-Recht, dessen letztere in diesem Art. enthaltene Wort die Sach klar machen, sondern auch dem gemeinen Recht nach Molinæus. ad consuet. Paris. §. 13. Gloss. 15. n. 15. & 19. Corbul. quæst. 38. n. 1. D. Rath. loc. cit. assert. 121. Aus Ursach, weilen die Contract mit der Contrahenten Einwilligung vollbracht werden, und aus solchen das Anfall-Geld zu begehren dem Grund-Herrn das Recht zuwachset, welches Recht die Contrahenten ihme wider Willen durch Nachlassung des Contracts nicht mehr benehmen können. Es wird jedoch erfordert. 1mo. daß der Grund-Herr denen Contrahenten über den vollbrachten Contract in- 9.

 for-

formirt, und sein Consens nicht allein darüber ausgebetten, sondern auch würcklich erhalten worden. Krafft der Wort: Solches auch dem Grund-Herrn anzeigt, und sein Bewilligung erlangt hätten. Die Ursach ist, weilen, wie wir öffters gesagt haben, ein jedwedere Veräusserung eines Gült-Guths null nichtig und krafftloß ist, es seye dann des Grund-Herrns Consens vorhanden, das Anfall-Geld aber zu bezahlen, man nicht schuldig ist, ausser der Contract sey gültig. Und dahero: 2. Wann allein einen Verkauff zu treffen, versprochen worden, ist man kein Anfall-Geld schuldig, weilen ein anderes ist verkauffen, und ein anderes versprechen, daß man verkauffen wolle. Tyraquell. de retract. convent. §. fin. n. 44. wo mehrerere Exempel angeführet werden von deme, der zu contrahiren verspricht. Uber das 3. ist man noch nicht schuldig das Anfall-Geld zu bezahlen, wann man über das Versprechen auch würcklich zur Unterredung des Contracts geschritten, weilen viles tractirt, aber nicht ausgemacht wird, unser Art. aber redet von Verkauff oder Veräusserung, welche würcklich geschehen, und vollbracht worden, die gemacht oder geschlossen worden. Und zwar 4. erlaubter massen, und gültig, weilen wegen einer nichtigen und ungültigen Verkauff- oder Veräusserung die Schuldigkeit das Anfall-Geld zu bezahlen nicht entspringet. Wie wir 5tens von unterlassener Außbittung des Herrschafftlichen Consens gesagt, daß ohne des Grund-Herrns Consens der Contract nichtig seye, und dahero man das Anfall-Geld nicht schuldig seye, obwohlen dem Herrn das Recht zuwachset, daß ihme nemlich das ohne seinen Consens veräusserte Gült-Guth als Caduc zufalle, wann nur Veräusserung mit der Einantwortung begleitet worden, wie wir bey den 15. ausgelegt haben, welche Einantwortung doch zu dem mit des Herrn Consens beschlossenen Contract zu der Würckung, daß das Anfall-Geld begehret werden könne, nicht nothwendig ist, weilen auch ohne Einantwortung der Contract gültig und rechtmässig geschlossen seyn kan, woraus die Schuldigkeit entspringt, das Anfall-Geld zu zahlen. D. Rath. loc. cit. assert. 121. sub Litt. A. Noch vilmehr 6tens muß ohne allen Zweifel das Anfall-Geld bezahlet werden, wann nach geschlossenen Contract auch die Sach eingeantwortet worden, doch der Käuffer auf seiner Seiten als ein Fallit den Contract nicht haltet, zum Exempel, den Kauff-Schilling in bedungenen Fristen nicht bezahlt, oder ihme von des Verkäuffers Glaubigern die verpfändte Sach evincirt wird ꝛc. weilen der Grund-Herr durch dergleichen Zufälligkeit seines erlangten Rechts, das Anfall-Geld begehren zu können, nicht kan beraubet werden. Hartm. Pist. dict. lib. 1. quæst. 50. n. 15. & 19. und Rath. loc. cit. assert. 122.

Dises doch ist zweiffelhafftiger, ob nicht in disem Fall, da die Parthepen vom Contract freywillig abweichen, ein doppeltes Anfall-Geld bezahlt werden müsse, eines an Seiten des Käuffers, und das andere an Seiten des Verkäuffers, der nach aufgehebten Contract sein Gült-Guth wieder zu sich nimmt? Und obwohlen der Art. von disen doppelten Anfall-Geld nichts verordnet, so scheinet doch, daß solches von darumen gebühre, weilen eine doppelte Veränderung geschicht, dann nach getroffenen Verkauffs-Contract ist der Verkäuffer der Gült-Bauer nicht mehr, welches die erste Veränderung ist, woraus die Schuldigkeit des Käuffers entspringt, das Anfall-Geld zu bezahlen, wann aber nach der Hand der Contract aufgehebt wird, entspringt die andere Veränderung, und der Verkauffer fanget wieder ein Gült-Bauer zu seyn: daß also anscheinet, es könne gesagt werden, daß ein doppeltes Anfall-Geld bezahlet werden müsse. Einige machen einen Unterschid, ob die Sach in blosser Aufhebung des Contracts bleibe, oder ob ein neuer Contract angestossen werde. Damit die Sach klärer werde, wollen wir ein Exempel geben: Titius hat dem Sempronio mit vom Grund-Herrn erhaltenen Consens seinen Bauern-Hof verkaufft um 1000. Gulden, sie hat es aber gereuet, und haben den Contract aufgehebt. Nun wäre einiger vorbemeldter Meynung nach ein Unterschied zu machen, ob man simpliciter vom Contract abgewichen mit vermelden, es soll die Sach im alten Stand verbleiben, nicht anderst, als wann unter uns kein Contract wäre getroffen worden: und in solchen Fall wollen sie, daß ein einfaches Anfall-Geld genug seye, aber, wann nach geschöpffter Reu der Sempronius sagt: Ich thue dir Titio meinen Bauern-Hof um eben vorigen Kauff-Schilling, oder um mehr oder weniger zuruck verkauffen, in disem Fall wollen sie daß ein doppeltes Anfall-Geld bezahlet werden müsse, weilen es ein zweyfacher Contract ist, und also ein zweyfaches Anfall-Geld zu bezahlen nöthig ist. 10.

Diser Casus hat unserer Meynung nach keine Beschwärnuß, weilen kaum einer aus denen Authorn zweiffelt, daß nicht bey Widerlosung einer mit Vorbehalt des Wiederkauffs verkaufften Sach das 11.

das Anfall-Geld bezahlet werden müsse, wann der Wiederkauff durch einen besonderen Contract geschehen muß, und die verkauffte Sach nicht gleich von sich selbsten bedungener massen dem vorigen Herrn zuruck fallet. Uber welche schöne Frag zu lesen ist Amad. à Pont. loc. cit. quæst. 37. per totum. diser Unterschied aber hebt unsere Beschwärnuß nicht auf, welche gegründet ist in Veränderung der Personen. Dann so offt, wie der Art. redet, der Besitzer des Gült-Guths verändert wird, muß das Anfall-Geld bezahlet werden: Dann man ist das Anfall-Geld schuldig bey jedwederer Wiederlosung, es mag solche ohne Pact der Wiederlosung, oder mit dem Pact der Wiederlosung, und zwar solchem, daß nach erfolgenden Wiederlosungs-Fall die Sach dem alten Herrn nicht durch einen neuen Contract, sondern für sich selbst zuruck zufallen solle, geschehen: Weilen wegen Erlegung des Anfall-Gelds vilmehr auf die Abänderung des Besitzerr, als Abänderung des Rechts gesehen wird, nach klaren Worten des Articuls: So offt sich mit dem Besitzer ein Veränderung begiebt. Obwohlen nun eine mit Vorbehalt des Wiederkauffs verkauffte Sach dem vorigen Herrn an sich selbsten zukommet (weilen villeicht der Termin verstrichen ist) so muß ausser allen Zweyffel nach erst angezogenen Worten des Art. das Anfall-Geld bezahlet werden, weilen der Besitzer des Guths sich ändert einen anderen Unterschied macht mit anderen von ihme angeführten D. Rath. loc. cit. assert. 123. ob nemlich der Contract vollständig vollbracht worden, also daß auch die Einantwortung geschehen, oder nicht: In ersten Fall zweiffelt er nicht, daß ein doppeltes Anfall-Geld bezahlet werden müsse; In dem anderen Fall aber, wann die Einantwortung noch nicht geschehen, vermeynt er, hart zu seyn, daß, wann schon der Contract vollständig geschlossen ist, ein doppeltes Anfall-Geld solle bezahlet werden, so lang noch etwas übrig ist, so zu vollbringen ist. Aber mit Erlaubnuß eines so vortrefflichen Manns thue ich nur dises widersetzen, daß seine Ursach mit sich bringe, daß, wann die Sach noch nicht übergeben worden, durch aufgehebten Contract nicht einmahlen ein einfaches Anfall-Geld zu bezahlen man schuldig seye, welches doch seiner 121. Assertion zuwider ist. Wir halten darfür, daß in solchen Fall, da die Partheyen den Contract freywillig aufgehoben haben, man kein zweyfaches Anfall-Geld schuldig seye, wann schon der Contract durch die Einantwortung der Sach perfect vollbracht worden. Die Ursach, so mich überwindet, ist dise, daß unser Art. glat saget, daß, nachdeme die Partheyen den Contract freywillig aufheben, nur ein einfaches Anfall-Geld man schuldig seye, in Krafft der Worten: Ist man dem Grund-Herrn den Anfall schuldig, wo im Singulari geredt wird, den Anfall und nicht die Anfäll. Wo man doch eben so leicht hätte sagen können, zwey Anfäll: Und obwohlen an disem Orth unter dem Contract, der nur mit beyden Willen geschlossen worden, und unter dem Contract der mit der Ubergab bestättiget worden, kein Unterschiedgemacht wird, so wird doch aus denen Worten des Art. welche nur zwey Fäll setzen, nemlich den Verkauff und Ubergab handgreifflich erwiesen, daß doch der mit der Einantwortung bekräfftigte Contract kein grössere Krafft als der mit blossen einwilligen vollbrachte Contract habe. Gleichwie nun die Ubergab supponirt, daß die Einantwortung geschehen seye (dann was ist anders übergeben als einantworten) also folget augenscheinlich daß auch wegen einer freywilligen aufgehebten Ubergab nicht mehr als ein einfaches Anfall-Geld bezahlt werden müsse.

Unterdessen, wann aus dem Verstand der Worten erhellet, daß man nicht glaterdingen vom Contract abgewichen, sondern das Guth ordentlich zuruck gekaufft, oder auf andere Weiß wieder zuruck an sich gebracht worden, da kan ein zweyfaches Anfall-Geld begehret werden; weilen jedoch die Forderung der Anfall-Gelder gehässig ist, so ist allzeit im Zweiffel freyer zu sprechen, daß man vom Contract glaterdingen abgewichen seyen, als einen neuen Contract getroffen haben, oder wenigst halten wir darfür, daß diser Unterschied zu machen seye, ob denen Contrahenten bald nach getroffenen Contract oder lang darnach die Reu ankommen seye? Uber welchen Unterschied ist zu lesen Amad. de Pont. quæst. 38. n. 2. dann wann alsogleich die Contrahenten von dem Contract abgewichen, so ist es ein Zeichen einer blossen Reu, und keines neuen Contracts. Ein anderes ist, wann der Käuffer die verkauffte Sach länger besessen, dem Grund-Herrn die jährliche Gült geliefert, und sich als einen getreuen Gült-Bauern bezeiget hat. Dann, daß in solchen Fall ein neuer Contract getroffen worden zu seyn præsumirt werde, wird niemand so leicht widersprechen, und deßwegen den reuenden nicht anderst, als mit der heylsamen Buß eines doppelten Anfall-Gelds ledig sprechen. Wann der geneigte Leser so gut ist, daß er den, deme es nach getroffenen Contract reuet, von allen Anfall-Geld ledig sprechen will, wollen wir ihme nicht widrig seyn, obwohlen in der That nicht zu widerlegen ist, daß nach getrof-

troffenen Contract den Besitzer des Guths sich verändert habe, und also die Schuldigkeit entsprungen seye, das Anfall-Geld zu bezahlen.

Man wird einwenden, daß eine jedwedere Possession mit sich bringe, daß die Einantwortung geschehen seye, weilen die Possession wie die Herrschafft nicht mit blossen Titlen, sondern durch Einantwortung der Sachen, und deren Besitz-Nehmung erworben werde, und also die Folge seye, daß ohne beschehne Einantwortung man niemahlen ein Anfall-Geld schuldig seye, weilen die Possession nicht verändert werde. Wir aber antworten, daß unser Articul nicht von der Possessions-Veränderung, sondern von Veränderung des Besitzers rede, so offt sich mit den Besitzer ein Veränderung begiebt. Der Besitzer aber wird verändert durch den Contract, wann schon die Possession nicht verändert wird ausser durch die Einantwortung der Sach, dahero man nach getroffnen richtigen Contract das Anfall-Geld schuldig ist, wann schon der neue Gült-Bauer das Guth noch nicht in Besitz genommen hat, weilen dessen Verweilung und Nachläßigkeit dem Grund-Herrnicht schädlich seyn kan.

12. Was ist aber von dem Einstand-Recht zu sagen, zum Exempel wann der Titius seinen Bauern-Hoff einem Fremden dem Sempronio verkaufft, der Cajus aber des Titii Befreundter darein stehet? Ist man dem Grund-Herrn ein einfaches oder doppeltes Anfall-Geld schuldig? Und wir antworten mit einem Unterschied, ob das Geschäfft in blossen Einstandt bestehe, also daß der Sempronius dem Cajo allein wegen des Einstand-Rechts weiche, und solchen Falls gebührt dem Grund-Herrn nur ein einfaches Anfall-Geld. Aus Ursach, weilen der Cajus in die Stell und des Contracts des Sempronii eintritt, wie solcher vom Sempronio geschlossen worden, und solchen Contract mit allen Bedignussen auf sich nimmt, er wird auch für keine andere Persohn als des Sempronii gehalten, eben eine Persohn aber giebt nicht ein zweyfaches Anfall-Geld, weder der Cajus, der die Persohn des Sempronii vorstellet, kan ein besonderer Besitzer genennt werden, in welchem Fall allein, wann der Besitzer sich ändert, der Articul auch ein weiters Anfall-Geld erfordert. Wann aber das Geschäffe nicht in blossen Einstand-Recht verbleibt, sondern in einer neuen Contracts-Gattung bestehet, zum Exempel, wann der Sempronius eine ihm verkauffte Sach unter dem Einstands-Jahr, oder auch hernach theurer oder wohlfeiler dem Cajo übergiebt, da wird eben darum darfür gehalten, daß zwischen dem Sempronio und dem Cajo ein neuer Contract geschlossen worden, und der Cajus wird nicht mehr als ein Freund considerict, der in die Stell des Sempronii eintritt, sondern als ein Fremder, und neuer Käuffer, und ist demnach schuldig, das andere Anfall-Geld zu bezahlen. Tyraquell. de retract. consanguinit. §. 1. vers. dedans. n. 3. & §. 29. vers. Les verités. glossa. 1. Obwohlen er allda n. 11. bekennt, daß in etlichen Orthen der Brauch seye, ein doppeltes Anfall-Geld zu begehren, welche Gewohnheit in Krafft. L. ult. Cod. de jure emphyt. dem Geitz der Grund-Herrn zuzuschreiben ist.

Unserer Meynung nach ist ein gleiches zu sagen, wann der Contract aus einer andern Ursach, welche zur Zeit, da anfänglich der Contract geschlossen schon verhanden gewesen, umgestossen wird, zum Exempel, der Titius hat seinen Bauern-Hoff dem Sempronio verkaufft, der Titius aber als Minderjährig stoßt den Contract um durch die Restitution in integrum, oder wegen der Læsion über die Helffte des gerechten Werths, fürwahr in disem Fall, weilen die Umstossung aus einer Ursach geschicht, welche zur Zeit des geschlossnen Contracts schon verhanden gewesen, und nicht erst sich nach der Hand ergeben hat, schließt gar schön Amad. à pont. quæst. 39. daß man kein neues Anfall-Geld schuldig seye, wie dann auch gar recht gesagt wird, wann ein Minderjähger eine Caducität begehet, villeicht, weilen er das Hoff-Guth ohne Consens des Grund-Herrn verkaufft, oder über 3. Jahr lang die Gült nicht geliefert hat, dann die Doctores wollen, daß in dergleichen Fällen auch ein Minderjähriger die Caducität ipso jure begehe, ihme aber die Restitutio in integrum bevorstehe: Corbul. de jure emphyt. cap. 15. ampl. 28. & 29. Gyphan. ad L. 2. Cod. de jure emphyt.) daß nach erhaltner Restitution in integrum man kein neues Anfall-Geld schuldig seye, weilen die Sach in jenen Stand zuruckfallet, in welchem sie vor begangner Caducität gewesen ist. 13.

Man wird sagen, daß zwar unserer Meynung nach in beygebrachten etlichen Fällen, welche sich bey Umstossung der Contracten ergeben, man kein doppeltes Anfall-Geld zu zahlen schuldig seye: Was ist aber Rechtens, wann das doppelte Anfall-Geld zuvor schon bezahlt worden, ehe der Contract umgestossen worden? Kan man wohl 14. vom Grund-Herrn das Geld zuruck fordern? Und wir antworten, es könne villeicht begehrt, aber schwerlich erhalten werden, weilen aus der Höll keine Erlösung ist.. Wir haben schon zuvor gesagt, daß der Minderjährige in integrum restituirt werden müsse, daß aber dem andern, welcher wegen der grösten und gar übermäßigen Læsion zur Restitution condemnirt wird, daß

daß schon bezahlte Anfall-Geld zuruck gestellet werden müsse, das kan mir nicht eingeschwätzt werden, weilen ein solcher wegen seiner Boßheit mehrer einer Straff als eines Favors würdig ist. Lese, was wir gesagt haben bey dem 2. Art. des 7. Tit. der Land-Recht. Dann, wann auch ein Contract, wann die gröste læsion vorhanden, ipso jure bestehet, biß in Krafft L. 2. Cod. de rescind. vend. derselbe zernichtet wird, warum solle dem Grund-Herrn der villeicht von sothaner Boßheit nichts gewust hat, die Zuruckstellung des empfangenen Anfall-Gelds aufgebürdet werden können? Da er den Bauern für seinen wahren Gült-Bauern erkennet hat: Nach unsern Land-Rechten aber muß auf jede Veränderung des Gült-Bauerns das Anfall-Geld bezahlet werden.

15. Letztlich ermahnet unser Art. abermahlen, welches wir schon oben erinnert haben, daß der Ansetzung des Anfall-Gelds des Bauerns Mobilien nicht unterworffen seyen, zum Exempel das Vieh, Hauß-Rath, und Baumanns-Fahrnuß und dergleichen, welches für sich selbsten klar ist, weilen dise Mobilien mit dem Hof-Guth nicht gemeinschäfftlich seynd, und wegen derselben die Erkanntnuß des Herrn nicht erfordert wird, weilen sie dem Bauern eigen seynd: Dises aber stehet in einer Frag, wann der Hof mit denen Früchten verkaufft wird, ob auch bey Schöpffung des Anfall-Gelds hierauf zu sehen seye? Dißfalls muß diser Unterschied gemacht werden, ob die Früchten noch auf dem Feld stehen, oder schon geschnitten seyen, in ersteren Fall kommen sie in die Einschätzung, weilen die auf dem Feld stehende Früchten ein Theil des Grunds, und also mit dem Grund gemein seynd. Wann sie aber geschnitten, wann sie schon nicht eingeheimset worden, gehören sie doch dem Bauern zu, wovon kein Anfall-Geld angerechnet werden kan, wie von anderen Sachen, so dem Bauern eigen seynd. Wie gar recht lehret Amad à Pont. loc. cit. quæst. 7. wo er beysetzet, daß auch dises zu erwegen seye, ob die Früchten zusammt dem Grund, oder besonders geschätzt und verkaufft worden, welcher Unterschied doch uns nicht eingehet, dann, wann du setzest, daß die auf dem Feld noch stehende besonders geschätzte Früchten doch mit dem Grund verkaufft worden, so sihe ich keine Ursach, warumen sie von dem Anfall-Geld frey seyn sollen, weilen die besondere Schätzung und Verkauffung nichts zur Sach thut, indeme, so lang sie auf dem Feld stehen, ein Theil des Grunds verbleiben. Gleichwie nun vom gantzen Guth man das Anfall-Geld schuldig ist, also auch vom Theil. Ein anderes ist, wann der Bauer das Gült-Guth behaltet, und die blosse Früchten einem anderen veräussert, dann solchenfalls ist er kein Anfall-Geld schuldig, weilen der Bauer so vil die Früchten betrifft, nicht als ein Gült-Bauer oder utilis Dominus, sondern als ein vollständiger Herr angesehen, und darfür gehalten wird, der ein Sach in der That verkaufft, welche nach beschehenen Schnitt und Einheimsung vollständig ihme eigen ist, welches Recht er durch die Veräusserung dem Käuffer gleichsam mit Condition übergiebt, wann der Bauer die Früchten geschnitten hat. Dahero wegen Verkauffung oder Einheimsung der Früchten man kein Anfall-Geld schuldig ist, weilen der Herr an die geschnittene Früchten gar kein Recht hat. Lese den Tyraquell de retractu Lignac. §. 1. Gloss. 7. n. 43.

Der zwey und zwantzigste Articul.

Wo ein Mayer verstirbt, und hinterlast ein Wittib, Kinder, oder andere Erben, so mag der Richter gleichwohl der Erb-Theilung halben zwischen ihnen handlen, so vil aber die Besitzung des Guths anlangt, soll kein Richter Macht haben, einem Grund-Herrn ohne sein Bewilligung, einen aus den Erben aufzutringen, sondern was er deßhalben handlet, soll alles auf des Grund-Herrn Gutheissen beschehen, und der Grund-Herr, da er dessen erhebliche Bedencken nicht schuldig seyn, eben den jenigen, so im Vertrag fürgeschlagen würdet, zum Mayer anzunehmen, doch wo Kinder von erster Ehe vorhanden, welche dem Guth vorstehen, und es erschwingen mögen, sollen dieselben vor der Stieff-Mutter in Verstifftung des Guths bedacht werden. Es sollen auch ebenfalls die Austräg deren, so ihr Ge-

rechtigkeit übergeben, anderst nicht dann mit des Grund-Herrns Bewilligung bedingt werden, und sonsten nicht zugelassen seyn.

Summaria.

1. Welchergestalten der Richter einem Gült-Guth vorstehen müsse, wann der Bauer solches verlaßt, und Weib und Kinder hinterlaßt?
2. Ob auch zu denen Austrägen bey Ubergab der Gült-Güther des Grund-Herrn *Consens* nöthig seye?
3. Ob die Gült-Bauern eines Gült-Guths sich mit einander vergleichen, und dem Gült-Guth eine *Servitut* aufbürden können?
4. Wann ein Bauer gewisse Grund-Stück, Aecker, Wiesen rc. ihme vorbehaltet, ob er hierzu den *Consens* des Grund-Herrn haben müsse?
5. Ob er von solchen vorbehaltenen Stucken das Anfall-Geld bezahlen müsse?
6. Warumen die Lehen-Herren in solche Vorbehaltungen leichter einwilligen, als die Grund-Herren?

1. In disem Art. wird verordnet, welchergestalten sich der Richter verhalten müsse, wann ein Gült-Bauer das Guth verlaßt, und Weib und Kinder oder andere Erben hinter ihm bleiben. Und vor allem ist seines Amts, daß, weilen dergleichen Gült-Güther nicht leicht können zertrimmert werden, einem aus mehreren Kinderen das gantze Guth zukomme, welches doch denen übrigen für ihre Theil entweders an baaren Geld, oder in gewissen Fristen, oder in andere Weeg ein sattsame Vergnügenheit geben muß. Es muß doch 2. solch gütlicher Vergleich mit Vorwissen und Willen des Grund-Herrn geschehen, weilen in dem Gewalt des Richters nicht ist, daß er einen in Besitz des Gült-Guths setze, der dem Grund-Herrn nicht anständig ist. Dahero er 3. entweders zum gütlichen Vergleich auch den Grund-Herrn einladen, oder den Vergleich allein auf Genehmhaltung des Grund-Herrns schliessen soll; welcher Grund-Herr doch 4. nicht schuldig ist, jenen aus denen Mit-Erben für einen Gült-Bauern aufzunehmen, welchen der Richter und die Mit-Erben unter ihnen für einen künfftigen Gült-Bauern und Guths-Besitzer erwählet haben, wann er eine vernünfftige Ursach hat, solchen zu verwerffen. In unsern Vatterland ist der Brauch, daß meistens der hinterlassenen Wittib das Gült-Guth mit allen Mobilien samt dem Guths-Bericht, nachdeme sowohl die Gerechtigkeit als alle Mobilien, Hauß- und Baumanns-Fahrnuß genauer eingeschätzt worden, überlassen werde, welch alles nachgehends unter die Kinder vertheilet wird, der Wittib aber wird das Guth eingeraumet, welche sich mit Consens des Grund-Herrns wieder verheyrathen kan, welchem Mann sie ihr Gült-Guth mit der Bedingnuß als ein Heyrath-Guth zubringt, daß er denen Kindern ihren Erbtheil hinaus bezahlen muß, welches zwar leichtlich zuzulassen ist, wann die Sach im alten Stand bleibt, daß nicht die 3. oder 4te Ehe erfolget, welche Ehen hernach wegen vilerley Kinderen unter denen Bauern offt sehr vile Stritt und Beschwärnussen verursachen, absonderlich wann die Weiber sterben, und Stieff-Müttern geheyrathet werden, welchen die Stritt-Händel wie die Flöh angebohren seynd: Und dahero kommt es daß unser Art. wann mit denen Kinderen ein Stieff-Mutter vorhanden, und das Hof-Guth vor ihnen haben will, befihlt, daß man ehender auf die Kinder, als auf die Stieff-Mutter sehen solle, und billig, dann es ist billiger, daß die Güther in der Famili des ersten, der solche erhalten hat, verbleiben, als in eine andere verschoben werden. Weilen eine bedauerliche und traurige Sach ist, der Vor-Elteren alte Güther in frembde Händ zu kommen, und vätterliche und Anherrliche Häusser von frembden in Besitz ansehen. L. lex quæ 22. §. ergò Cod. de administ. Jutor. L. in fundo. 35. ff. de rei vind. Wann nur eines aus denen Kindern voriger Ehe solche Mittel und Fähigkeit hat, daß es dem Guth vorstehen und es erschwingen möge.

Ein absonderlicher Casus wird disem Art. einverleibt, daß auch in den Austrägen über die Gült-Güther des Grund-Herrn Consens nothwendig seye: Hier reden wir nicht von denen Austregis, welche im Römischen Reich unter Fürsten und Ständen obwalten, welches in der That die erste Instanz ist, wo die gerichtliche Händel ausgemacht werden. Das Wort Austrag aber zeigt bey uns an einen Vorbehalt zur Unterhaltung. Dann bey dem gemeinen Bauers-Volck ist ein gemeine Sach, daß die alte Bauern, welche wegen hohen Alter, und anhangenden Kranckheiten der Bauern Arbeit nicht mehr vorstehen können, einem Kind, oder Befreundten ihr Gült-Guth übergeben, für sich aber, und ihre Weiber eine jährliche Pfriendt entweders an Geld, oder, welches öffters geschicht, an Getreyd, Milch, 2.

Fleisch,

Fleisch, Butter und dergleichen etwas vorbehalten, welche Vorbehaltung genennt wird ein Austrag, als wann solches von denen uralteten Elteren zu ihrem Unterhalt genommen werde.

Daß also zu Auswerffung solcher Pfriendt dem gemeinen Recht nach des Grund-Herrn Consens nicht nöthig seye, ist Ursach, weilen der Bauer, wie wir offt gesagt haben, über das Grund-Guth das utile dominium hat; also in Krafft dessen ihme seine Pfriendt vorbehalten kan, um so mehr, als er auch das gantze utile dominium beybehalten kan; unsere Bayrische Statuten aber statuirn, daß solche Pfriendts-Bedingung nicht anderst gültig seye, es seye dann der grundherrliche Consens verhanden. Dessen ist die Ursach, weilen meistens solch alte übergebende Bauern für ihre Pfriendt einem Kind eine solche Bürde auflegen, daß es dem Grund-Herrn die Schuldigkeiten nicht abstatten kan; weßwegen in disem Articul nicht übel verordnet wird, daß die Pfriendt, oder Austrag mit Vorwissen und Consens des Grund-Herrns geschehen solle. Welches, wann der geneigte Leser für einen Diff. Unterschied unter dem gemeinen, und unsern Land-Recht mit dem D. Rath loc. cit. assert. 116. anmercken will, daß kan er unsertwegen thun, dann wir finden kein Ursach, warum dises dem Gült-Bauern verbotten werden könne, welcher über das seinige nur auf seine Leb-Zeiten disponirt, weilen er ohne Consens des Grund-Herrn auch einem Fremden unter Vorbehalt seiner Pfriendt die Früchten des Gült Guths frey verschencken kan. Doch muß das Gesatz gehalten werden, weil es also geschrieben worden. D. Rath setzt bey, obwohlen dem gemeinen 3. Recht nach mehrere Gült-Bauern eines Guths unter ihnen sich verglichen, und dem Guth eine Dienstbarkeit aufbürden können, dises doch in unsern Vatterland nicht gestattet werde, und dahero er abermahlen einen neuen Unterschied behauptet. Aber, obwohlen wir beydes approbirn, was doch den Vergleich betrifft, kan diser Casus selten sich zu tragen, weilen nach Innhalt, was wir kurtz zuvor gesagt haben, ein Guth mehrern Bauern nicht überlassen wird, also daß wir wahrhafft inner 40. Jahren kein eintziges solches Guth, welches mehrere Bauern besessen haben, gesehen haben, wegen beständigen Strittigkeiten, welche daraus entsteheten. Hernach ist auch der Vergleich eine Veräusserungs-Gattung; bey einer jedwederen Veräusserung aber, gar keine ausgenommen, es mag freywillig oder nothwendig seyn, wie wir bißhero ausgelegt haben, wird nach unsern Land-Recht des Grund-Herrn Consens erfordert. Dahero auch dem Gült-Guth keine Servitut aufgebürdet werden kan, weilen, wann schon das Guth selbsten nicht veräussert wird, so wird doch ein Recht von demselben veräussert, welches nach unsern Land-Rechten eben so verbotten ist, wie die Veräusserung des Guths selbsten, wie wir von Verpfändung oder von denen Verhypotheciciungen in vorhergehenden ausgeführt haben.

4. Eine andere Frag kan beygefügt werden, welche schwehrer ist, wann zum Exempel der Bauer ihme kein gewisses Geld, oder Frucht und anders, sondern an dem Gült-Guth gewisse Grund-Stuck an Aeckern, Wiesen, Wein-Gärten, gewisse Bäum, Holtz und Boschen und dergleichen vorbehalten hat? Dann hierauf entspringen zweyerley Fragen, die erste ist, ob zu solchen Vorhalt des Grund-Herrn Consens nothwendig seye? Die Ursach des Zweifels ist, weilen der Bauer über die Gült-Güther selbst Herr ist, scheinet also, daß er ihme in Krafft habenden Rechts des Dominii utilis an denen Grund-Stucken etwas vorbehalten könne. Dann ein anders ist, wann er überhaupts das gantze Gült-Guth übergiebt, dann solchen Falls geschicht ein vollständige Veräusserung, welche verbotten ist; weilen aber auch der Vorbehalt der Pfriendt ohne Consens des Grund-Herrn verbotten ist, und kein Unterschied beygesetzt wird, ob solcher Vorbehalt geschehe mit Vorbehaltung ein oder des andern Grund-Stucks, so ist unsers Erachtens dißfalls kein Unterschied hierunter: dann es obwaltet allzeit die alte Ursach ob, damit nicht das Gült Guth also beschwehrt werde, daß dem Grund-Herrn seine jährliche Schuldigkeiten nicht können bezahlt werden.

5. Wegen des andern Theils hat es eine grössere Beschwernuß, dann, wann wir setzen, daß der Bauer bey der mit Consens des Grund-Herrns beschehnen Ubergab seines Gült-Guths ihme gewisse Grund-Stuck, Aecker Wiesen, Wein-Gärten, fruchtbare Bäum und dergleichen vorbehalten habe, so scheinet eine handgreiffliche Folge zu seyn, daß man von solchem Vorbehalt kein Anfall-Geld schuldig seye, so lang der Ubergeber in Leben bleibt, lese die 44. Frag in unserer Semicent. 2. Wo unter anderen dem Weib, von welcher alldort geredt wird, die Einkünfften, welche sie ihr an gewissen Bäumen, und Grund Stucken jure dominii utilis vorbehalten hat, obwohlen sie die Edictal-Täg verabsaumt hat, von darumen zugesprochen worden, weilen jener, der über eine Sach die Herrlichkeit zu fordern hat, nicht gehalten ist, mit andern am Gandt-Process anzustehen. Hierauf antworten wir mit einem Unterschied, dann entweders behaltet sich ein solcher Ubergeber an gewissen Grund-Stucken und Wiesen mit Einwilligung

gung des Grund-Herrn das Recht des utilis dominii ausdrucklich bevor, und solchen Falls ist der Guths-Ubernehmer kein Anfall-Geld schuldig, so lang der Ubergeber lebt: oder er thut ihme das Dominium nicht, sondern nur von gewissen Grund-Stucken, und Bäumen die Nutz-Niessung vorbehalten, und solchen Falls, da einem anderen die Herrlichkeit des Guths übergeben worden, entspringt die Schuldigkeit, das Anfall-Geld zu bezahlen, weilen die Persohn des Guths-Besitzers verändert wird. Im Zweifel aber wird darfür gehalten, daß man sich mehrers die Nutzniessung vorbehalten habe, als das utile Dominium. Aus Ursach, weilen darfür gehalten wird, daß der Grund-Herr nicht einwillige, daß sein Gült-Guth zertrimmert werde, welche Zertrimmerung nichts als grosse Confusion und Ungelegenheit verursachen kan. Wir haben bey dem Chur-Fürstlichen Lehen-Hoff tausend Casus gehabt, bey welchen wir die Vorbehaltung des utilis dominii niemahlen, sondern die Nutz-Niessung dises oder jenes Grund-Stucks zu gelassen, und nach eingeschätzten gantzen Guth das völlige Anfall-Geld bezogen haben: Welches auch täglich bey denen Gült-Güthern practicirt wird. Hieraus doch entspringt dem Ubergeber kein Schaden, wann der Guths-Ubernehmer vergantet wird, dann es gebührt ihme der vorbehaltne Genuß als eine Dienstbarkeit, wann schon solcher Vorbehalt bey dem Gandt-Proceß nicht begehrt worden, wie wir in besagter Controvers 44. weitläuffig ausgeführt haben.

Dises ist doch zu mercken, daß die Lehen-Herrn zu dergleichen Vorbehaltungen leichter den Consens ertheilen, als die Grund-Herrn. Aus Ursach, weilen die Vasallen keine ordentliche all jährliche Gült, wie die Gült-Bauern zu liefferen haben. Weilen nun nur von darumen in disem Art. eingeführt worden, daß die Anstrag ohne Bewilligung des Grund-Herrn nicht gültig seyen, damit sie an ihren jährlichen Gülten keinen Schaden leiden, als bin ich in unserem Chur-Fürstlichen Lehen-Hoff öffters angestanden, oder dergleichen Austrag auch bey Lehen-Gütheren den Lehen herrlichen Consens nöthig haben. Dann wann die Ursach abgehet, so scheinet auch, daß die Verordnung abgehe, absonderlich, weilen nach Zeugnuß D. Rath. loc. cit. assert. fin. Der Vorbehalt der Pfriendt, welcher die Recht geneigt seynd, nach Innhalt des Text in L. cum 7. ff. de transact. Des Herrn Consens nicht nöthig hat, noch auch ein wiedriges in unsern Land-Recht ausdrucklich verordnet zu seyn zu finden ist, wie bey der Materi der Gült-Güther. Weilen doch beym Lehen-Hoff erfahren haben, daß es also beobachtet werde, und sonsten gemeiniglich das Argument von Gült-Güther auf Lehen-Güthern passirt, so wollen wir lieber für einen Unterschied unter dem gemeinen und unsern Land-Recht, als unter denen Gült-Güthern, und Lehen-Güthern anmercken. 6.

Der drey und zwantzigste Articul.

Als offtermahls der Bauers-Leuth Weiber, dasjenige, was man mit ihren Männern vor Obrigkeit oder dem Grund-Herrn handlet, darbey sie nicht gewesen, unterm Schein, als sey ihnen das Guth, so wohl als ihren Mannen verstifft, oder wegen ihrer heyrathlichen Sprüch, wiederlauffen, und zuruck treiben wollen, so soll demnach fürterhin solches nicht mehr gestattet werden, sondern dasjenige, was der Mann ordentlich mit Zuthuung der Obrigkeit, oder der Grund-Herrschafft, da es das Guth betrifft, handlet, ungehindert dergleichen Einreden beständig bleiben; es kunnte dann das Weib, wie recht ist, in Jahr und Tag genugsam beweisen, daß sie solcher Handlung halber, ihre heyrathliche Spruch verliehren müst, und deren in ander Weeg von ihres Manns Guth nicht kunte habhafft werden. Da solches beschicht, soll darinnen geschehen müssen.

Summaria.

1. Ob der Ehe-Männer ohne Vorwissen und mit Bewilligung ihrer Weiber die über Gült-Güther getroffene Veräusserungen, und Handlungen gültig seyen?
2. Was Rechtens, wann das Gült-Guth völlig des Weibs Eigenthum ist?
3. Was Rechtens, wann das Weib mit dem Mann wahrhafft *investirt* worden ist?
4. Wann der Männer ihr vor Gericht gethane Handlungen gültig seyen?
5. Ob das Weib des Manns Handel umstossen könne, wann der Grund ihr zum Heyrath-Guth, oder

in

zu des Heyrath-Guths Versicherung gegeben worden?

6. Was für eine Heyraths-Guths-Versicherung des Manns Handlungen umstosse, eine *General-Hypothec* oder *Special-Hypothec*?

7. Wie die *Novella de fidejuss.* 4. und *Novella* 112. zu verstehen seye?

8. Ob die Gült-Güther unter einer *General-Hypothec* begriffen seyen?

9. Inner was Zeit das Weib ihr *Interesse* erweisen müsse, welches sie wegen ihres Heyrath-Guth an die Gült-Güther des Manns fordert?

1. Wir haben bey dem 16. Art. 1. Tit. der Land-Recht weitläuffig ausgeführt, daß der Mann über das Weib, und ihre beweglich und unbewegliche Güther einen solchen Gewalt habe, daß er ohne Vorwissen und Bewilligung des Weibs nichts unter keinem Schein unter lebendigen veräusseren kan, jetzt scheinet es, es erhelle aus disem unseren Articul Daß auch die gemeine Weiber in unsern Vatterland sich unterfangen haben, der Männer über die Gült-Güther ohne ihren Willen geschlossene Contract unter einem doppelten Vorwand zu bestreiten; Erstlich daß ihnen die Erb-Rechts-Güther, so wohl als ihren Männern verstifft seyn. Zweytens, daß der Männer-Handlungen an ihren weiblichen Forderungen schädlich und præjudicirlich seyen.

Was den ersten Vorwand betrifft, ist die Sach vor sich selbsten klar, daß das Weib keinen Gewalt habe, den Mann zu verhinderen, daß er nicht mit seinen Sachen disponiren könne, wie ihme beliebt, und wäre gar zu lächerlich, wann wir besagten 16. Art. 1. Tit. der Land-Recht gantz umgekehrt auch denen Weibern applicirn, und sie gleichsam über ihre Männer als Vorsorger und Pflegerinnen setzen wolten. Dahergegen der Articul gantz recht verordnet, daß dergleichen aufgeblassene hoffärtige und gewaltthätige Weiber, welche der Männer rechtmäßige Contract umzustossen, sich unterstehen, nicht anzuhören seyen.

2. Diß doch ist zu verstehen, wann notorisch ist, daß das Gült-Guth, weßwegen der Mann einen rechtmäßigen Handel getroffen hat, dem Mann zu gehöre. Dann, wann solches Guth entweders dem Weib völlig eigen, oder ihr und dem Mann gemeinschäfftlich ist, bey solchen Contracten kan niemand zweiflen, daß dem Weib ihr Recht unverbrochen bleibe. Dann obwohlen der 16. Art. 1. Tit. der Land-Recht verordnet, daß ein Weib über ihre Güther ohne des Manns Vorwissen und Consens lediglich nichts thun, oder unter lebendigen disponiren könne, doch wird nirgends dem Mann der Gewalt gegeben, daß er mit solchen des Weibs Güthere frey umgehen, und wider des Weibs Willen, oder gar wider ihre Protestation und Wiederspruch einen dem Weib schädlichen, oder wenigist nicht anständigen Handel eigenmächtig vollbringen könne. Und dahero kommt es, daß unser Articul vor des Weibs Vorwand, welche des Manns Contract umstossen will, redet, als wann gleichsam ihr das Erb-Recht Guth mit dem Mann mit verstifftet worden wäre.

3. Dann, wann ihr wahrhafft das Guth mit verstifftet worden, so ist ja ihr Consens als Mit-Herrin nothwendig, bey dem Chur-Fürstlichen Lehen-Hoff kommt diser Stritt gar offt vor; dann gemeiniglich bey denen Beutel-Lehen, welche gemeiniglich denen Erb-Rechts-Güthere gleich gehalten werden, lassen die Männer ihre Weiber oder hingegen die Weiber ihre Männer zur Mit-Verstifftung zu, welches, wann kein vernünfftige Ursach darwider verhanden ist, nicht kan verhindert werden. Doch hat sich offt dises gezeigt, daß, wann ein Ehe-Theil vorabstirbt, der überlebende die Erneuerung der Investitur vernachläßiget, in der Einbildung, daß alsdann erst die Erneuerung geschehen müsse, wann beyde Ehe-Theil gestorben seynd, weilen doch ihnen zur Zeit der ersten Investitur vorgesagt wird, daß nicht jeder Ehe-Theil auf das völlige Guth (weil sonsten ein doppeltes Lehen-Geld bezahlt werden müsse) sondern allein um die Helffte investirt werde. Ein gleiches ist bey denen Leib-Rechten Güthern, weilen meistens beyde Ehe-Gatten mit einander investirt werden, kauffen auf sich beyde Leib. Wo doch anderst als bey denen Beutel-Lehen die Investitur gegeben wird, weilen das Leib-Recht untheilbar ist, also daß jeder Theil aus denen Ehe-Leuthen das Recht des utilis dominii erwirbt, und also, wie der Brauch ist, auch um solches Recht investirt wird, und folglich nach dem Todt die völlige Früchten vom gantzen Leib-Rechten Guth frey empfangen kan. Wir gehen also auf das vorige zuruck, und sagen, daß ein Weib, sie mag zum Theil, oder ein völlige Mit-Herrin mit ihrem Mann am Gült-Guth seyn, gantz billig des Manns-Handlungen wiederstreben könne, weilen der Mann zwar des Weibs Sach verbesseren, nicht aber verschlimmeren, noch vil weniger verpfänden, veränderen, oder gar veräusseren kan, es mag eine solche Sach ein Heyrath- oder Paraphernal-Guth, oder receptitia seyn, wovon wir bey dem 1. Titul sattsam geredt haben.

4. Wiederholter massen setzt der Articul bey, daß jenes kräfftig seyn und bleiben müsse, was der Mann über die Gült-Güther verhandlet hat, wann solche Verhandlung vor Obrigkeit, oder dem Grund-Herrn, oder wie die andere Wort lauthen, mit Zu-

 thuung

thumg der Obrigkeit, oder der Grund-Herrschafft geschehen ist, wo das Wort oder nicht allzeit für oder, sondern zu Zeiten auch für und zu nehmen ist. Dann es giebt einige Actus, die allein vor Obrigkeit geschehen müssen, und es seynd einige Actus, worzu allein des Grund-Herrns Consens erfordert wird, und es seynd einige Actus, worzu so wohl die Obrigkeitliche als auch des Grund-Herrns Authoritát nothwendig ist. Dahero bey einem jedwederen Act erfordert wird, daß er solcher gestalten vollbracht worden seye, wie er geschehen solle; dann sonsten des Weibs blosser Prætext an sich selbsten nichtig ist. Wann du also setzen willst, daß der noch Minderjährige Bauer mit Consens des Grund-Herrns doch ohne Obrigkeitliches Decret eine Veräusserung gethan, so ist die Veräusserung ungültig, und des Weibs Wiederstrebung nicht nöthig. Wann du setzest, daß vom Minderjährigen mit dem Obrigkeitlichen Decret doch ohne Consens des Grund-Herrns geschehen seye, ist abermahl eine andere Nullität verhanden, und ist ebenfalls des Weibs Wiederstrebung nicht nöthig. Wann du setzest, daß der Grund-Herr zugleich auch Gerichts-Herr seye über den Gült-Bauern, so muß der Grundherrliche Consens, und das Obrigkeitliche Decret verhanden seyn: wann eines davon abgehet, ist der Act nichtig, wann schon das Weib sich nicht darwider setzet. Es wäre hier noch mehr nützliches zu reden, so aber zu unsern Vorhaben nicht dienet, weilen ein jeder, wann er will, ihme mehrer Exempel vorstellen kan; uns ist genug, daß wir standhafft glauben, daß dises der wahre Verstand unsers Articuls seye, daß alsdann des Weibs Einred nur eitel und unnutz seye, wann sie nur aus einen blossen Vorwand geschicht, nicht aber, wann sonst aus einen andern Umstand des Manns Handel an sich selbsten null und ungültig ist, welchen Handel ja das Stillschweigen des Weibs nicht gültig machen kan.

5. Nun auf den ander Theil dises Articuls zu schreiten, wann nehmlich das Weib einwendet, daß ihr durch des Manns über das Gült-Guth getroffener Handel an ihren heyrathlichen Sprüchen und Forderungen præjudicirt werde, seynd einige Fäll zu unterscheiden. Der erste ist, der sich offt zutragt, wann villeicht das Weib dem Mann ein ihr allein durch Erb zu gefallenes Gült-Guth als ein Heyrath-Guth zu bringt. Für gewiß in disem Casu, obwohlen der Mann Herr über das Heyrath-Guth ist, kan er ohne des Weibs Consens über das Gült-Guth nichts disponiren, dergestalten, wie wir weitläuffig bey dem 7. Art. 1. Tit. der Land-Recht ausgelegt haben, wohin wir den Leser verweisen. Daher die Verordnung dises Articuls nichts verhindert, daß nicht das Weib sich des Manns über ihre zum Heyrath-Guth eingebrachte Sach getroffne Handlungen rechtmäßig wiedersetzen könne, weilen dißfalls nicht um einen leeren Vorwand, sondern um die Beschützung weiblicher Spruch und Forderungen zu thun ist, welche Beschützung dem Weib nirgends in denen Rechten benommen wird: Und hierdurch wird auch bestättiget, was wir oben gesagt haben, dann wann das Weib den Gewalt hat, die mannliche Handlungen über Heyrath-Güther zu wiedersprechen, worüber sie mit dem Mann keine Mit-Herrin ist, so kan sie auch in anderen Begebenheiten wiedersprechen, worinn sie die Mit-Herrschafft hat, und zwar unserer Meynung nach desto kräfftiger. Dann setze den Casum, den wir vor von einem Weib gesetzt haben, welchem das Beutel-Lehen mit versiglet worden, wo sie die Helffte des utilis dominii, welche von der Helffte des Manns nicht abhanget, erwirbt. Fürwahr in solcher Helffte hat der Mann so vil Recht nicht, als in ein Heyrath-Guth, worüber ihme allein das burgerliche Dominium allein gebührt; sondern das Weib kan des Manns Handel verhinderen, welcher ihr am Heyrath-Guth schädlich ist, also um so mehr kan sie den Handel über eine Sach, über die sie Mit-Frau ist, verhinderen. Der andere Fall ist, wann der Mann dem Weib zur Versicherung des mit Geld eingebrachten Heyrath-Guths sein Gült-Guth mit Consens des Grund-Herrns verschreibt und verpfändt, welcher Fall auch offt sich zutragt. Dann, daß das Weib in solchen Fall ihr wachtsam, und zu Versicherung ihres Heyrath-Guth sich des Manns Handlung wiedersetzen könne, ist aus denen ersteren Grund-Sätzen der Rechten bekant, welche einem jeden Glaubiger, so ein Hypothec hat, auf das Pfand zu dringen erlauben, welches unser Articul auf keine Weiß hat aufheben oder veränderen wollen. Daß aber der Articul sagt, daß alsdann erst dem Weib erlaubt seye, sich zu wiedersetzen, wann sie aus des Manns übrigen Güthern ihres Heyrath-Guths halber kein Satisfaction haben kan, dises hat eine grössere Beschwärnuß, und leydet des vorgehenden Casus eine weitere Auslegung.

Ist als drittens ein Unterschied zu 6.
machen, ob dem Weib für ihr Heyrath-Guth in specie, oder in genere verschrieben worden, ist das erstere, da zum Exempel der Mann in dem Heyraths-Brieff gesaget hat, daß dem Weib entweders das gantze Gült-Guth, oder gewisse Grund-Stuck daraus sollen sonderheitlich verschrieben seyn, und der Consens des Grund-Herrns verhanden ist, der Mann aber nachgehends entweders das gantze Gült-Guth mit Consens des Grund-

Herrns

Herrns, und mit Obrigkeitlicher Authoritdt entweders freywillig oder getrungener massen Schulden halber (weilen besagter massen über die Gült-Güther und Beutel-Lehen die Execution fürgenommen werden kan) veränssert, so hat das Weib das Recht, sich an ihr Special-Hypothec zu halten, wann schon der Mann andere Güther hat, wodurch dem Weib ihres Heyrath-Guths halber Satisfaction widerfahren kan: Wann aber in dem Heyraths-Brieff dem Weib mit des Grund-Herrns Consens zu Versicherung des Heyrath-Guths allein ein General-Hypothec aller des Manns gegenwärtig- und künfftiger Güther, wie meistens zu geschehen pfleget, verschrieben worden, da kan das Weib das Gült-Guth oder dessen Grund-Stuck nicht anfechten, ausser es seynd keine andere Mittel mehr vorhanden, und es ist bekannt, daß man nicht mehr im Stand zu zahlen seye.

7. Diser Unterschied ist gegründet in Novella. de Fidejussoribus 4. cap. sed neque &c. und in Novella 112. cap. 1. §. 3. welche obwohlen sie anscheinen, ein anderer in den Weeg zu stehen, und contrar zu seyn, so thun die Rechts-Gelehrte doch selbige also vereinigen, daß Novella 4. rede von denen General-Hypothecen, die Novella 112. aber von Special-Hypothecen. Cajac. lib. 8. observ. cap. 19. und Ant. Thesaurus. decis. 51. n. 4. & seq. Berlich. lib. 2. conclus. 24. n. 6. & seq. Nach welchem Unterschied nun ist zu sagen, daß die Wort des Articuls: Es kunte dann das Weib, wie recht ist, in Jahr und Tag, genugsam beweisen, daß sie solcher Handlung halber ihre Heyrathliche Spruch verliehren müssen, und deren in anderweg von ihres Manns Guth nicht kan habhafft werden. Allein zu verstehen seyen von einen zweyfachen Casu, entweders wann das Weib von ihrem Mann mit des Grund-Herrn Consens nur ein General-Hypothec über seine Güther, oder wann sie gar keine Versicherung empfangen hat, und sich allein auf das vom Kayser Justiniano in dem L. assiduis. denen Weibern ertheilte Privilegium besteiffet, weilen in disen beyden Fällen allein ein General-Hypothec entspringt, welche in Krafft der Novellæ. 4. ehender nicht Platz hat, als wann der Haubt-Schuldner und andere Personal-Schuldner exequirt worden, wie ausdruckliche Wort seynd in dict. Novell. 4. cap. 2. §. sed neque. wo der Text sagt, sed neque ad res debitorum, quæ ab aliis detinentur, veniat priùs, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores, fidejussores, & sponsores: sicque ad res veniens principalis debitoris, si vel ab alio detineantur, & detinentes eas conveniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversùs res fidejussorum, mandatorum, & sponsorum: idem est dicere, vel, si quosdam habuerit homines, ipsi sibimet obligatos, & qui hypothecariis actionibus sibi teneri possint. Contra principales tamen existentes apud eos res, sivè personalibus, sivè hypothecariis mox, sive ambabus uti voluerit: omnem ei damus Licentiam, quæ dudum à nobis data est, & viam, & ordinem in aliis personis, casibúsque sancitam. Welche Wort, wann sie schon dunckel und obscur seynd, haben nichts destoweniger disen gewissen Verstand, daß der Creditor zuvor den Haubt-Schuldner, und die Bürgen exequiren, als den Antrag machen solle auf die Sachen, welche andere als Pfand inhaben. Und wir halten darfür, daß unser Art. nach diser Auslegung zu verstehen seye, daß nemlich das Weib alsdann nur des Manns Handlung sich wiedersetzen könne, wann er nicht mehr im Stand zu zahlen ist, und das Weib inner Jahr und Tag probiren kan, daß sie wegen des Manns Handlungen Gefahr leyde ihr Heyrath-Guth zu verliehren, wann sie nur mit einer blossen General- oder Legal-Hypothec bedeckt ist, dann daß der Gesatz-Geber dem Weib die in Novella 112. enthaltene Heyrath-Guths-Freyheit wider den dritten ein Special-Unterpfand besitzenden verfahren zu können, ohne daß zuvor der Haubt-Schuldner exequirt worden, benehmen wollen, ist nicht glaublich, weilen dem Heurath-Guth die Recht vor schier allen anderen Forderungen geneigt seynd. Wann nun ein jedwederer Privat-Creditor, der ein Hypothec hat, sein Pfand, ohne daß der Haubt-Schuldner exequirt worden, behaubten kan, worumen solle dises nicht auch dem Weib wegen ihres sonst so trefflich befreyten Heyrath-Guths erlaubt seyn? Es gibt vile Rechts-Gelehrte, welche behaubten, daß durch die 112. Novell. als jüngere die Novell. 4. corrigirt worden, also, daß auch ich die Sachen, die mir nur generaliter verpfändet und verhypothecirt worden, ohne Execution des Principal-Schuldners vindiciren könne. Wann aber einer die Verordnung unsers Articuls auch dahin erstrecken wolte, daß eine Special-Hypothec ohne Execution des Haubt-Schuldners nicht vindicirt werden könne, der wurde die gantze Ordnung verkehren, und in der That sagen, daß durch die 4. Novell. als ältere, die 112.

No-

Novella als jüngere corrigirt worden seye, welches wider alle Ordnung der Natur ist, welche Ordnung nach unserer Meynung zu verkehren, der Durchlauchtigste Gesatz-Geber nichtmahlen gedacht, wie dann wir von solcher Meynung auch in denen Erinnerungen der Herren Hof-Räthen keine Anzeig finden: Jedoch alles, was hier von beyden Novellis. 4. und 112. gesagt worden, wird der geneigte Leser in Conformitæt dessen verstehen, was wir von dem Consens des Creditoris bey dem 6. Art. des 15. Tit. der Land-Recht geschrieben haben. Dann, wann das Weib dem Mann zu Veräusserung der ihr für das Heyrath-Guth verhypothecirten Sach eingewilliget hat, so ist nicht zu zweifflen, daß alles müsse gehalten werden, was wir dort weitläuffiger ausgelegt haben, obwohlen in disem Art. allein gehandlet wird von einem Weib, welches des Manns Handlung wiederstrebt, nicht aber von dem Weib, so eine Glaubigerin ist, und des Manns Handlungen genehm haltet.

8. Du wirst einwenden, daß noch sehr zweiffelhafftig seye, ob die Gült-Güther unter der General, absonderlich der vom Gesatz gegebenen Hypothec unterworffen seyen? D. Francisc. Balthasar. resolut. Bavar. part. 3. tit. 15. resol. 3. n. 3. behaubtet das Widerspiel, weilen aber wir in Semiceant. nost. 1. controv. 32. auch wider seine Meynung aus vernünfftigen Ursachen gegangen, als halten wir darfür zu seyn, daß denen Weibern solches Recht in Krafft dises Articuls nicht könne versaget werden, sonsten die Weiber deren sich Justinianus so sehr erbarmet hat, gar ohne Trost wären; dann es ware ihnen ja favorabler, wann der Ehe-Männer über die Gült-Güther, so denen Weibern rechtmässig verpfändet seynd, beschlossene Contract an sich selbsten null und nichtig wären, und also der Versicherung des Heyrath-Guths nichts schadeten. Weilen aber der Articul denen Weibern zulasset, wider ihrer Männer Contract sich zu setzen, wann solche ihren weiblichen Forderungen schädlich und præjudicirlich seynd, so bestättiget er darum unsere in Dict. controv. n. 31. enthaltene Meynung.

Du wirst weiter einwenden, daß wenigist ein Weib mit einer General-Hypothec wenig geholffen seye, zum Exempel, wann ein Mann seinem Weib all seine beweglich- und unbewegliche gegenwärtig- und künfftige Güther verschreibet, dann, wie wir anderwärts gesagt haben, unter einer solchen Obligation seynd jene Sachen nicht begriffen, welche zu veräussern und zu verpfänden verbotten seynd, die Gült-Güther aber zu veräussern und zu verpfänden seynd unserm Land-Recht nach Verbotten, wie wir bey dem 8. Art. dises Tit. gesagt, und in dict. controv. 32. weitläuffiger erwiesen haben, wird also das Weib wegen der für ihr Heyrath-Guth habenden General-Hypothec niemahlen das Recht und den Gewalt haben, des Manns Contracten, Veräusserungen und Verschreibungen widersetzen, und widersprechen zu können, wo doch scheinet, daß wir kurtz zuvor das Widerspiel gesagt haben. Und antworten, wahr zu seyn, daß, obwohlen die Gült-Güther einer vom Gesatz gegebenen Hypothec unterworffen seynd, solche doch einer vom Menschen bedungenen General- oder Special-Hypothec ohne des Grund-Herrns Consens nicht unterworffen seyen, gleichwie aber der Grund-Herr in eine Special-Hypothec einwilligen kan, also stehet ihme auch frey in ein General-Hypothec einzuwilligen, und dahero, wann wir von einer General-Hypothec geredet haben, so haben wir allzeit beygesetzt, wann sie mit des Grund-Herrn Consens gedungen worden. Welch alles absonderlich Platz hat, wann der Grund-Herr, wie wir etlichmahl geschehen zu seyn gesehen haben, gleich bey der ersten Stifftung und Investitur-Brieffen dem Bauern den freyen Veräusserungs-Gewalt gibt, von welcher Frag wir ein mehrers in unsern Synopsi oder Enchiridio Feudali sagen werden.

Jenes aber ist wunderlich, daß unser Art. dem Weib um ihr Interesse zu probiren, welches sie wegen ihres Heyrath-Guths an die Gült-Güther des Manns prætendirt, allein ein Jahr und einen Tag vorschreibt, wo doch ein jeder Glaubiger, so ein Hypothec hat, sein Pfand-Recht wider den Besitzer, der in Vatterland zugegen ist, inner 5. und wider den Abwesenden oder frembden inner 10. Jahren verfechten kan, daß also hart ist, daß ein Heyrath-Guth, welches schier allezeit vor anderen Causis mehreren Favor in Rechten hat, anderen Forderungen nachgehen solle. Hierauf doch antworten wir, daß unserer Meynung nach (doch anderer Meynungen nichts benommen) unsers Art. Will nicht seye, dem Weib, welches in des Manns Gült-Güthern ein Hypothec hat, die vom Gesatz gegebene Zeit ihr Hypothec zu verfechten, zu benehmen oder zu verkürtzen, sondern, daß der Art. allein von denen Weibern rede, welche wegen ihren Heyrath-Guth ein Recht zu haben prætendiren, also daß sie um solchen Vorwand zu erweisen allein 1. Jahr und Tag haben, nach beschehener Prob aber ihnen eben jene Recht übrig verbleiben, welche sonst anderen Privat-Leuthen wegen dergleichen Mißhandlungen der Männer zugelassen seynd. 9.

Der

Der vier und zwantzigste Articul.

Nachdeme vilfältige Klagen fürkommen, obwohlen bißhero der mehrer Theil gesetzter Articuln dises Tituls, zuvor geordnet gewesen, und Theils in den Land-Tägen beschlossen worden, daß doch vil Richter und Obrigkeiten, wenig darob gehalten, den widersässigen Unterthanen, wider ihre Herren, den Land-Rechten zuwider, Schutz und Schirm gehalten, und unterm Schein allerley Einreden, die Gerichtliche Hülff und Vollziehung solcher Ordnung dem Grund-Herrn zu ihrem, und ihrer Güther mercklichen Schaden, verzogen, oder gar geweigert haben. Als soll hiemit allen und jeden Richtern, und Obrigkeiten, wer sie seyen, ernstlich gebotten seyn, ob disem Land-Recht alles Fleiß und Ernst zu halten, und darwider niemand beschwären, oder jemand das Recht, und Gerichtliche Hülff verziehen, oder versagen, bey namhaffter unnachläßlicher Straff, auch Ungnad des Lands-Fürsten, darein ein solcher Verachter der Land-Recht, mit der That gefallen seyn soll.

Summaria.

1. Welchergestalten die Gesätz zu halten und zu behandhaben seyen?
2. Ob ein Gült-Gerechtigkeit, wann darüber keine Brieff errichtet worden, *præscribirt* werden könne?
3. Ob ein unfürdenckliche Gewohnheit Platz habe, wodurch probiret wird, daß Brieff zu nehmen niemahlen gewöhnlich gewesen?
4. Ob einer ein *Caducit*ät verwürcke, der 3. Jahr lang die Gült nicht geliefert, alle Jahr doch solche angebotten hat?
5. Was Rechtens, wann der dritte, deme daran gelegen, für den Bauern die Gült geliefert, ob er ihn von der *Caducit*ät befreye?
6. Was Rechtens, wann ein frembder, deme nichts daran gelegen, für den Bauern die Gült liefert?
7. Wann der Bauer nicht die völlige Gült, sondern nur etwas daran geliefert hat, ob die *Caducitas* verwürcket werde?
8. Was Rechtens, wann ein Gült-Guth mehreren Erben zugefallen, und einer seinen Theil an der Gült bezahlet hat, die übrige aber nicht, ob das gantze Guth, oder nur der übrigen Erben Antheil *caduc* werde?
9. Ob die Gült-Lieferung nicht vertheilt werden könne?
10. Ob die aus des verstorbenen Schuld begangene *Caducit*ät sich auf die Erben auch erstrecke?
11. und 14. Ob der Grund-Herr durch Annehmung oder Forderung der Gülten die *Caducit*ät nachgesehen zu haben, erachtet werde?
12. Was Rechtens, wann er die Gülten mit *Protestation* und Vorbehalt der *Caducit*ät annimmt?
13. Ob der Bauer durch schnelle Abführung der Gült die *Caducit*ät abwenden könne?
15. Ob der Bauer leyden könne, daß das Gült-Guth durch eine *Præscription* der dritte erwerbe, oder ob er gehalten seye, die *Præscription* bey Straff der *Caducit*ät zu verhinderen?
16. Wann der Bauer freywillig das Gült-Guth verlast, ob er könne die Besserungen abziehen?
17. Ob *præsumiret* werden müsse, daß, wann die letzte Gült angenommen worden, der Rest nachgelassen, oder bezahlet worden seye?
18. Wann der Bauer laugnet, daß diß oder jenes Gültbahr seye, wer solches erweisen müsse der Grund-Herr oder der Bauer?
19. Wann bedungen worden, daß alle Jahr genau die Gült soll bezahlet werden, ob die Unterlassung die *Caducit*ät nach sich ziehe?
20. Ob man nicht *pactiren* könne, das dem Grund-Herrn erlaubt seye, ein verwürcktes Gült-Guth eigenmächtig an sich ziehen könne?
21. Wer den Schaden leyden müsse, der sich in einem Gült-Guth unversehens zugetragen, der Herr oder der Bauer?
22. Was Rechtens, wann der Grund durch Uberschwemmung oder sonsten zu Grund gangen?
23. Was Rechtens, wann durch feindlichen Einfall ein Schaden geschicht?
24. Oder durch Maur oder Heuschröcken oder Unfruchtbarkeit?
25. Was für ein Unterschied seye unter einer Gült und einen Zinnß?
26. 27. 28. 29. und 30. Welche Lieferung für einen Zinnß zu halten seye?
31. Was für ein Unterschied unter einem Gült-Guth, und unter einem Beuttel-Lehen seye?

Weilen in Krafft der vortrefflichen Worten des Kaysers Justiniani in Novella 161. nicht allein geziehmende Gesatz zu machen, sondern auch die gemachte Gesatz genau zu halten, und in Schwung zu bringen, dann die Ubertrettere mit billigen Straffen abzubiessen, sehr nutzlich ist, dahero der Durchlauchtigste Gesatz-Geber in disem letzten Articul allen Richtern, und Obrigkeiten scharpf anbefihlt, die Haltung all dessen, was in disem gantzen Titul verordnet ist, mit Betro-

trohung einer namhafften unnachlässiger Straff, auch Ungnad des Lands-Fürsten. Dann es kan in einem gemeinen Weesen nichts ärgerlichers seyn, als wann die gemachte Gesätz nicht gehalten werden, wie sehr wohl sagt der schlimme Machiavellus lib. 1. disput. de republic. cap. 45. wie aber jene bestrafft werden sollen, die dise Gesätz übertretten, daß wird nicht ausgedruckt, sondern den höchsten Dicasterien überlassen, welche nach Beschaffenheit des Ubertretters einem jedwederen nachlässigen Richter oder Obrigkeit die Straff nach wohl überlegten Umständen schöpffen müssen, weilen zu Zeiten auch der Grund-Herrn Excess, so sie wider ihre Unterthanen ausüben, denen heylsamisten in disen Titul enthaltenen Verordnungen widerstreben, daß vilmehr sie, als die Unterthanen eine geschärpfste Correction verdienen.

Bißhero seynd wir bey Auslegung unserer Articuln verblieben, weilen doch noch mehrere Fragen seynd, welche in diser immermehr vorfallenden Materi schier alle Tag sich zutragen, so haben wir der Mühe werth zu seyn erachtet, wann wir einige kürtzlich anführen und auflösen.

2. Wird also gefraget erstlich, weilen in disem Titul wiederholter massen verordnet wird, daß ein zwischen dem Herrn und Unterthanen getroffene Gült-Contract an sich selbsten null und ungültig seye, wann keine Stifft-Brieff darüber errichtet worden, ob wenigist durch eine Verjährung oder eine Gewohnheit eingeführet werden könne, daß dergleichen mit blosser Einwilligung beschlossene Contract gültig seyen?

Was die Verjährung anbetrifft, seynd die mehriste Doctores der Meynung wann ein Grund-Herr 30. Jahr wegen eines Grund-Stuck eine gewisse gleiche Gült empfangen, oder der Bauer bezahlt hat, daß in solchem Grund die Gült-Gerechtigkeit verjährt worden. Wann man also setzet, daß der Bauer durch die Verjährung die Gült-Gerechtigkeit erhalten habe, so ist die Errichtung der Stifft-Brieff nicht mehr nöthig, weilen die Jahr die Possession, so ohne Titul gewesen, besteiffen, wie Zœs. ad tit. de jure emphyteut. quæst. 2. sagt. Weilen aber zu Erwerbung einer Gült-Gerechtigkeit unser Bayerisches Recht, wie wir oben gesagt haben, alle Verjährung verwerffen, so ist nothwendig zu sagen, daß die Verjährung von 30. oder 40 Jahren nicht genug seye, weilen in jenen Sachen, welche verbotten Rechtens seynd, gemeiniglich keine andere als eine unfürdenckliche Verjährung zugelassen wird, in Krafft dessen, was wir bey dem 21. Art. gesagt haben. Daß aber auch dise nicht erklecke, scheinet, es seye vor wenig Jahren nemlich Anno 1680. den 31. Octobris im Hof-Rath und Anno 1684. den 26. August. im Revisions-Rath das Widerspiel gesprochen worden, mit disen Worten: Erkennen zu Recht, daß N. und Consorten ordentliche Gerechtigkeits-Brieff bey ihrer Grund-Herrschafft zu nehmen schuldig seyn sollen.

Obwohlen sie handgreifflich erwiesen haben, daß sie von unfürdencklichen Jahren hero dergleichen keine Brieff zu nehmen der Brauch gewesen, welches fürwahr wunderlich zu seyn scheinet, weilen, wann sonsten alle Præscription verbotten ist, die unfürdenckliche Verjährung allzeit scheinet ausgenommen zu seyn, sondern allzeit das Recht eines erworbenen Privilegii hat. DD. ad cap. 1. de præscript. in. 6. L. hoc jure 3. §. ductus aquæ 4. ff. de aqua quotid. & æstiv. & ad L. comperit. 6. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. Ja in disem Casu hat man mehrers von einer Gewohnheit, als von einer Præscription gehandlet, weilen der Stritt nicht mit einem Bauern allein, sondern mit einer gantzen Gemeind ware, welche, daß sie ihre Gült-Güther ohne Stifft-Brieff zu besitzen, aus einer unfürdencklichen Gewohnheit das Recht habe, prætendirt. Dessen aber aber allem ohnerachtet vermeynen wir, daß in denen Churfürstlichen höchsten Gerichtern gantz recht und in Conformität unserer Land-Recht gesprochen worden seye, nicht aus der Ursach, welche D. Klingensperger cap. 2. assert: 18. beybringt, als wann der Gesatz-Geber auf der Land-Ständ Instanz, Sorg, und Wachtsamkeit Gewalt hätte, in gantzen Bayrland der Præscription von unfürdencklichen Jahren, so von allen Seculis hero angenommen ist, einen Abbruch zu thun, weilen dises kein Zeichen einer Generosität, sondern Infirmität wäre, sondern vilmehr zu bestättigen, doch also, daß des Vatterlands Gewohnheit wegen Errichtung der Stifft-Brieff allzeit kräfftig und unverbrochen bleiben solle. Dann, wann die Intention der höchsten Gerichter gewest wäre, die unfürdenckliche Præscription oder Gewohnheit zu entkräfften, so hätte sie auch müssen alle über Menschen Gedencken zuruck geschlossene Contract vor ungültig und nichtig erkennen und erklären, weilen dises den Texten dises Tituls gantz gleichförmig ist, also daß denen Bauern allein die blosse Frey-Stifft, so der Grund-Herr nach Belieben zuruck nehmen kan, übrig verblieben wäre, welches doch nicht geschehen ist, weilen der obangeführte Sentenz allen Bauern ihr Gült-Gerechtigkeit, so sie durch die unfürdenckliche Gewohnheit erworben haben, be-

stättiget, welches ein handgreiffliches Zeichen ist, daß der Gewalt und Krafft einer unfürdencklichen Zeit approbirt, dises doch für gerecht und nothwendig erkennet worden, daß dise Gült-Bauern wie andere ihren Grund-Herrn erkennen, und zu Verhütung künfftiger Strittigkeiten ihre Gerechtsame mit Stifft-Brieffen befestigen lassen sollen: Zu einem Beyspiel eines Herren-Gunsts, wovon wir bey dem 4. Art. dises Tituls geredt haben. Alldort approbirt wird, daß der Herren-Gunst, oder veranleite Frey-Stifft zu Anfangs ohne die Stifft-Brieff könne erwiesen werden, wann die Conditiones nicht einschlagen, welche alldort genau erfordert werden, so muß doch solcher erwiesener Herren-Gunst aufs neue durch die Stifft-Brieff bestättiget werden, allein zu dem Ende, damit man künfftigen Strittigkeiten begegne: Also auch die Sach beschaffen mit dergleichen unfürdencklichen Verjährung, welche wahrhafft der allegirte Sentenz nicht mißbilliget, sondern bestättiget, nichts destoweniger doch denen Bauern in Conformität unserer Statuten die Errichtung der Stifft-Brieff auferlegt, damit nicht künfftig neue Stritt-Händel entstehen. Dergleichen Bauers-Leuth seynd so halsstärrig, daß, was in ihren Vortheil verordnet ist, solches wegen geringen Unkösten verwerffen, und vilmehr wollen, sich künfftiger Gefahr aussetzen, als sich der zu ihren Nutzen so sorgfältig erdachten Verordnung unterwerffen, welches ja nicht zu erleyden ist. Hernach

Wirst du einwenden, daß in dem 6. Art. klar enthalten seye, daß eine Errichtung einer Gült-Gerechtigkeit nur ins künfftig ohne Stifft-Brieff-Auffsetzung nicht mehr geschehen könne, Krafft des Worts: Fürdershin, disemnach also, was zuvor verhandelt worden, muß gültig seyn. Wir antworten, daß solches freylich gültig seye, doch dergestalten, daß die Bauern nichts destoweniger die Stifft-Brieff aufrichten zu lassen schuldig seynd, also daß der Verstand des Texts ist, daß unter denen Gült-Güthern, welche vor unsern Bayrischen neuen Statuten gestifftet worden, und welche nach solchen neuen Statuten erst gestifftet worden, diser Unterschied seye, daß die erstere zwar die Stifft-Gerechtigkeit nicht zernichten, und ungültig machen, wohl aber die nachfolgende, als daß der ohne briefliche Urkunden beschlossene Contract kein Gült Contract, sondern ein blosser Vermuthungs-Contract ist; daß aber nichts destoweniger zu denen alten Gült-Contracten auch die Brieffschafften erfordert werden, daß wird aus deme handgreifflich erwiesen, weilen die Aufrichtung der Stifft-Brieff nicht allein in der alten Reformation de Anno 1588. sondern auch in denen ältisten Statuten de Anno 1384. nothwendig gewesen.

Du wirst sagen, daß bemeldter 6ter Art. allein von neuer Stifftung eines Gült-Guths aus einem frey eignen Guth rede, und nicht von einem Guth, welches man vorhin zu einem Gült-Guth zu verleihen gewohnt hat, krafft der Wort: **Sein Guth welches frey und ledig ist.** Wir antworten, daß das Wort frey eigen in bemeldtem 6. Art. nicht zu finden, wohl aber das Wort: Frey und ledig nemlich vor aller Zu- und Ansprach, hernach auch kan ein Gült-Guth, so man zu einem Gült-Guth zu geben gepflogen hat, wann selbes dem Grund-Herrn zuruck fallet, genennet werden frey und ledig, ja frey und eigen, daß also dises Wort allein von einer neuen Stifftung einer Gült-Gerechtigkeit in einer Sach, welche niemahlen ein Gült-Guth gewesen, nicht können verstanden werden, sondern vilmehr dises mit sich bringen, daß jener, der sein Guth einem anderen als ein Gült-Guth überlassen will, solches frey, ledig und eigen gehabt haben müsse. Endlich drittens redet gedachter Articul im Anfang nicht von Uberlassung eines Guths zu einem Erb- oder Leib-Recht, sondern von blosser Guths-Vermüthung oder Location daß also der Verstand des Art. diser ist, daß hinfüran nicht mehr ein Guth über 3. Jahr vermüthet oder locirt, noch destwegen ein Anfall-Geld angenommen werden könne, als das Wort fürdershin allein dem Vermüthungs-Contract, und nicht einen Erb- oder Leib-Rechts-Contract anbetrifft: Dann wo in nachkommenden von dem Erb- oder Leib-Recht die Red ist, von dem Wort fürdershin zu abstrahiren, da wird glatterdingen gesagt, daß, wann man solte ein Anfall-Geld können annehmen, nöthig seye, daß über den Contract-Brieff und Sigel aufgericht werden. Es mag also ein Guth gantz neu zu Erb- oder Leib-Recht gegeben, oder das alte Recht erneuert werden, es mag gewöhnlich gewesen seyn, daß zuvor Brieff darüber errichtet worden, oder nicht, so wird allzeit zu deme, daß das Erb- oder Leib-Recht Bestand habe, und das Anfall-Geld begehret werden könne, erfordert, daß Brieff und Sigel darüber aufgericht worden.

Andertens wird gefraget, ob einer eine Caducität verwürcke, der 3. gantze Jahr die Gült nicht geliefert, solche aber alle Jahr angebotten hat? Und es scheinet, man könne sagen, ja, weilen man von Entgehung der Straff handlet, wel- 4.

che favorabel ist. Aber Cujacius ad dict. L. 2. Cod. de jure emphyt. vermeynt, es seye das mündliche Anerbieten so wenig genug, als wenig es den Schuldner vom Interesse, welches versprochen worden, befreyet, welches mit dem Dict. L. 2. circa fin. übereinskommt, welches Gesatz alsdann erst den Bauern von der Gefahr der Caducität befreyet, wann der Grund-Herr die Gült nicht annimmt, und der Bauer nicht allein lauth vorgewiesener Attestation das Geld anerbotten, sondern solches auch obsignirter denen Rechten gemäß depositirt hat, ist also die Obsignation und Deposition, und nicht das blosse Anbietten nöthig.

5. Drittens wird gefragt, wann der Bauer 3. Jahr lang die Gült nicht liessert, sondern dessen Glaubigeren wegen eignen Interesse, in Nahmen des Bauerns dem Grund-Herrn Satisfaction giebt, ob er den Bauern von der Caducität befreye? und wird geantwortet mit ja, weilen ein jeder des anderen seinen Nutzen beförderen kan; es hindert auch nicht, wann solte gesagt werden, daß der Bauer bey Bezahlung der Gült müsse die Meynung haben, den Grund-Herrn zu erkennen, welche Meynung nicht verhanden ist, wann der Creditor für den Bauern die Gült liessert; Dann gleichwie dem Grund-Herrn nichts daran gelegen ist, von wem er die Bezahlung erhaltet, von dem Bauern selbsten, oder in dessen Nahmen von einem andern, also auch ist genug, daß in Nahmen des Bauerns er durch einen anderen, deme daran gelegen, als Grund-Herr erkennt werde. Tyraquell. de retract. part. 1. §. 36. Gloss. 2. n. 19. Und obwohlen Zoesius ad hunc tit. quæst. 5. allein vom Creditore hypothecario redet, so ist doch eben dises von einem gemeinen Glaubigeren auch zu sagen, weilen nach unseren Bayrischen Statuten die Erb- und Leib-Rechte Güther sowohl als auch die Beuthel-Lehen wegen gemeinen Schulden der Execution unterworffen seynd, daß also einem jedwedern Glaubiger, er mag ein Hypothec haben, oder nicht, daran gelegen ist, damit dem Bauern kein Caducität zu stosse, welche er durch die Bezahlung abwenden, und seine Prætension in Sicherheit stellen kan.

6. Was von einem gantz Fremden, der gar kein Interesse hat, zu sagen seye, ist zu lesen bey Berlich. loc. cit. n. 37. Dessen Meynung wir kaum approbiren können, dann weilen Solyman der Türckische Kayser, da er für mich zahlt, mich frey macht, warum nicht auch ein Christ, der aus Barmhertzigkeit die Gült zahlt hat, welchen ich, der etwan zu zahlen nicht im Stand ist, vernachläßigte, und also in eine Caducität verfallete. Fürwahr jener, der vom dritten die Bezahlung annimmt, wird darfür gehalten, daß er den Zahler für einen Procuratoren erkenne, und die Caducität ablasse. Unser Principium ist allgemein, daß in disem Pœnal causis man geneigter seyn solle zum Loßsprechen, als zum communiciren.

Viertens wird gefragt, ob man ein Caducität verwircke, wann der Bauer einen Theil an der Gült, nicht aber die gantze Gült liessert? Und wir antworten, dem Recht nach klar genug zu seyn, daß jener, welcher bey Straff der Caducität gehalten ist, eine gewisse Gült zu zahlen, durch Zahlung eines Theils darvon von der Caducität nicht befreyet werde. Wann also, wie die Bauern meisten zu thun pflegen, ein Bauer, der schuldig ist alle Jahr 30. Schaff Getreid zu liessern, jedes Jahr aber nur 8. Schäffel liessert, diser thut seiner Schuldigkeit nicht genug, sondern verfallt in die Caducität. Dises ist schwehrer, wann zum Exempel der Bauer das erste Jahr 12. Schäffel das andere Jahr und dritte wieder so vil præstiret hat, also daß er in denen 3. Jahren 36. Schäffel geliessert hat, ob ein solcher die Caducität verwircke? Die Ursach zu zweiflen ist, weilen nicht kan gesagt werden, daß durch 3. Jahr die Bezahlung der Gült unterlassen worden seye, weilen gesetzter massen, in nachfolgenden 3. Jahren 36. Schäffel Getreyd geliessert, und folglich für 1. Jahr Satisfaction gegeben worden. Wegen zwey ausständigen Gülten aber in Privat und Weltlichen Causis kein Caducität verwirckt wird. Und diser Meynung ist Fachinæus lib. 1. controv. jur. n. 69. Wo er seinen Sentenz weiters extendirt, daß auch kein Caducität Platz habe, wann in der unter denen 3. Jahren beschehnen Bezahlung etwas wenigs abgehet, zum Exempel, wann der Bauer im ersten Jahr 12. Schäffel in andern 10. und in dritten Jahr nur 6. Schäffel Gedreyd bezahlt hätte. Dann solchen Falls die 3. jährige Liesserung allein 28. Schäffel ausmacht, und also die gantze Gült für ein Jahr nicht erstreckt, weilen ein Abgang von 2. Schäffel obhanden ist. Disen Abgang nun als gering vermeynt Fachin. loc. cit. daß er zu Auswirckung einer Caducität nicht erklecklich seye; aber fürwahr diser Sentenz ist milder als wahrscheinlicher dann ein jeder Gült-Bauer ist schuldig dem Grund-Herrn alle Jahr die völlige Gült zu præstiren, dahero er nicht recht zahlt, wann er die Bezahlung für ein Jahr in 3. Jahr abtheilet. Wann du sagen wilst, daß die Caducität ein schwehre Straff seye, welche durch so geneigte Auslegung kan entgangen werden, so antworten wir, daß auch dem Grund-Herrn eine grosse Injuri zugefügt werde, wann der Bauer in 3. Jahr abtheilet, was er in einem Jahr bezahlen müsse. Lese den Berlich. loc. cit. Wo er gar zu streng wegen eines Hällers Abgang die Caducität zu lasset. 7.

Fünff-

8. Fünfftens wird gefragt, was Rechtens wann einer aus mehreren Erben, welchen das Erb-oder Leib-Rechte Guth zu gefallen, zwar für seine Portion durch 3. Jahr die völlige Gült zahlt, die übrige Erben aber die Gült nicht lieffern, ob das Guth völlig caduc werde, oder nur die Theil deren, so nicht zahlen? Gemeiniglich wollen die Rechts-Gelehrte, daß das völlige Guth caduc werde. Arg. L. 35. §. idem Juris. & L. hæredes. §. in illa ff. famil. herciscund. L. stipulationem 2. §. item si in facto 5. & L. stipulationem 5. §. si sortem 4. ff. de V. O. An welchen Orthen zu Verhütung der von dem Verstorbnen versprochnen Straff nicht genug ist, wann ein Erb für seinen Theil bezahlt: Wann du ein gewisses Geld, sagt der Text in dict. L. 5. und, wann solches Geld nicht bezahlt worden, eine gewisse Straff versprochen hast: Wann schon einer aus denen Erben seinen Theil am versprochnen Geld bezahlt hat, so wird nichts desto weniger die Straff verwirckt, biß des Mit-Erben Theil bezahlt wird. Lese den Perez. ad tit. Cod. de jure emphyt. n. 19. und den Zoes. ibidem quæst. 4. Berlich. loc. cit. n. 28. Clarum lib. 4. recept. sentent. §. emphyt. quæst. 8. n. 13. Jedoch bleibt der Regress bevor, welchen der Erb, der für seinen Theil bezahlt, wider seine Mit-Erben hat, aus Verschulden deren das Erb oder Leib-Recht caduc worden. Aber unserer Meynung nach haltet besser darfür fachinæus Lib. 1. cap. 97. per text. in L. fraudati §. Sed si unus. ff. de publican. Wo gesagt wird, wann einer aus mehreren Mit-Erben vom gemeinschafftlichen Guth den Zoll nicht bezahlt hat, so wird das völlige Guth nicht confiscirt, sondern allein die Portion dessen, der nicht bezahlt hat. Auf die zum Wiederspihl angeführte Text ist die Antwort leicht, dann im Casu, wo sich der Verstorbene auf eine gewisse Straff verbunden hat, wann er das versprochene Geld nicht wird bezahlt haben, werden die Erben wegen des verstorbnen Persohn gehalten, dessen Obligation ohnabänderlich ist, aber nach angefallner und angetrettner Erbschafft wird ein jeder der Erben in eigner Persohn verobligirt. Ist sich also nicht zu verwundern, wann er um mehr nicht angehalten wird, als um seine Erbs-Portion. Dann es sagt gantz recht Fachinæus, wann der Gült-Bauer stirbt, und mehrere Erben hinterlaßt, seyen so vil neue Gült-Bauern, als vil Erben, wann also einer nicht zahlt, so müssen die andere nicht beschwehrt werden, und der nicht bezahlt hat, der verliehrt seinen Theil am Erb-Recht. Einen anderen Unterschied macht Zoes. loc. cit. ob nehmlich der Verstorbene der erste Empfanger des Erb-Rechts gewesen, oder nicht: in dem ersten Fall sagt er, daß der Fehler des Verstorbenen denen Erben schade, in dem andern Fall aber, es mag der Fehler seyn wie er wolle, thue solcher denen Nachkömmlingen keinen Schaden. Fürwahr aber entweders verstehen wir disen Unterschied nicht, oder diser thut zur Sach gar nichts. Dann wann D. Zoes. setzet, da er in 3. Jahren die Gült nicht bezahlt, die Caducität verwirckt habe, so bekennen wir, daß seine Meynung wahr seye, daß er seinen Nachkömmlingen præjudicirt habe, welchen das Erb-oder Leib-Recht von denen Vor-Eltern erworben worden, und nach Absterben des letzteren Innhabers auf die Erben fallet, daß des Verstorbenen Fehler disen Erben nicht schaden könne, daß leidet noch grossen Disput.

Du wirst sagen, es seye noch ein dritter Casus obhanden, wann nehmlich der Verstorbene zwey Jahr lang zum Exempel die Gült nicht gelieffert hat, nach dem Absterben desselben aber einer aus denen Erben als ein fleißiger Haußhalter sich zur Zahlung, so vil sein Erbs-Portion betrifft, anerbiettet, und solche würcklich erlegt, die übrige Erben aber die Bezahlung vernachläßigen. Und wir antworten, daß eben dises ist der Casus worüber wir hier disputiren, welchen die Rechts-Gelehrte nicht genugsam unterscheiden. Ich setze also, daß nach dem Todt des vorigen Gült-Bauerns 3. Erben verhanden, der erste offerirt dem Grund-Herrn nach Proportion seines Erb-Theils nicht allein die Bezahlung der Gült für das dritte Jahr, wo das Gült-Guth denen Erben zu gefallen, sondern auch für die vorige 2. Jahr, an welchen der Verstorbene die Gült nicht bezahlt hat: Und solchen Falls sagen wir: (Gesetzt es seye die Bezahlung würcklich geschehen, und die Gülten depositirt worden) daß der Erb seiner Erbschaffts-Proportion nach von der Caducität frey seye, nach Lehr des Fachinæi, obwohlen die Antheil der Mit-Erben, welche die Gülten nicht bezahlt haben, caduc werden: ein anderes wurden wir sagen, wann diser erstere fleißige Erb nur für das letzte Jahr den ihme nach Proportion des Erbs betreffenden Theil bezahlete, dann solchen Falls wäre er von der Caducität nicht frey, weilen des Verstorbnen, der 2. Jahr die Gült nicht gelieffert hat, sein Verbrechen, und des Herrn gerechte Forderung nicht ausgelöscht wird, sondern aus den Erben fallet. Daß aber nachdeme einer aus denen Erben alles genau gethan hat, die Caducität des gantzen Guths könne prætendirt werden, dahin können wir uns nicht bereden lassen. Dann es bleibt gewiß, daß nach angefallner, und angetrettner Erbschafft so vil Gült-Bauern als Erben seyen, den keiner wegen des andern Schuld und Nachläßigkeit beschwehrt werden kan.

Lese den über dise Materi ohnverschrocken widrig schreibenden Berlich. lib. 2. 9.

 Con-

Concluſ. 46. n. 31. Wo er aus dem Tuſch compilatore tom. 3. pract. concluſ. Lit. E. concluſ. 192. n. 28 diſe Urſach beybringt, daß die Gült-Liefferung eine unabtheilige Sach ſeye, welche Urſach wir nicht begreiffen. Dann wann ein Gült-Guth, welche mehrern Erben zu fallet, abgetheilet werden kan, und activè und paſſivè denen Erben zu kommet, wie ſolle die Schuldigkeit das Anfall-Geld zu bezahlen, welche von dem Gült-Guth ſeinen Urſprung hat, können unabtheilig genennt werden? Vid. Ant. Faber ad hunc tit. defin. 10. defin. 39. & defin. 45. Wir haben zwar kurtz zuvor bey dem vorhergehenden Articul geſagt, daß nicht leichtlich eine Abtheilung eines Gült-Guths wegen zerſchiedlichen Ungelegenheiten, welche daraus entſtehen können, geſchehen ſolle, daß jedoch ſolche Güther erblich ſeyen, und denen Erben nach Proportion der Erbs-Theilen zu fallen, kan niemand widerſprechen, auſſer es wolte einer den Mond anbeten, weilen Krafft des vorhergehenden Art. allzeit jener Erb vor andern Mit-Erben vorzuziehen iſt, welcher dem Grund-Herrn beſſer gefallet, und andern ſeinen Mit-Erben für ihre Erbs-Theil zulängliche Satisfaction geben, und das Guth erſchwingen kan. Wann alſo das Erb und Leib-Recht ſelbſten abtheilig iſt, warumen ſolle nicht auch die Gült können abgetheilet werden, ſo etwas materialiſch iſt, welches leichter eine Abtheilung zu laſſet, als das

10\. Erb- oder Leib-Recht? Noch ſchwächer iſt die andere Urſach des Berlich. Der Verſtorbene ſelbſten, wann er lebete, und etwas an der Gült liefferte, wurde von der Caducität nicht frey, alſo auch ſeine Erben nicht. Dann hierauf iſt die Antwort gleich verhanden, wahr zu ſeyn, daß die Erben von der Caducität nicht frey ſeyn, wann aus Verſchulden des Verſtorbnen das Guth verwirckt worden, weilen die Erben alsdann gehalten ſeynd, dasjenige, was der Verſtorbne gethan, zu büſſen; Wann man aber von denen Thaten der Erben handlet, von welchen die Red iſt, und nicht von der That des Verſtorbnen, da kan eines Verbrechen, Schuld oder Nachläßigkeit denen übrigen nicht ſchädlich ſeyn. Es iſt auch unſerer Meynung der Text in L. ſtipulationem 2. ff. de v.o. welchen Berlich allegirt, nicht entgegen, dann, wann ſchon die Erben wegen des Verſtorbenen Obligation in ſolidum gehalten ſeynd, wie allda von der verſprochnen Straff gehandlet wird, ſo iſt doch ein anderes zu ſagen, von einer Obligation, welche die Erben eingehen, dann ſolchen Falls kan eines Nachläßigkeit dem andern, der ſein Amt verſieht, nicht ſchädlich ſeyn.

11\. Sechſtens wird gefragt, ob der Eigenthums-Herr, wann er die Gült annimmt, darfür gehalten werde, daß er die Caducität nachgelaſſen habe? Gemeiniglich wird ein Unterſchied gemacht, ob eine 3. jährige Gült begehrt, und bezahlt werde, nachdem die Liefferungs Zeit ſchon verſtrichen iſt, oder vor. In dem erſten Fall iſt die gemeine Meynung, daß man ſich der Caducität verziehen habe. In dem andern Fall aber, kan nicht erachtet werden, daß der Grund-Herr ſich habe præjudiciren wollen, da er die Gült vor der Zeit begehrt hat, dann es ſeynd offt die Grund-Herrn ſo hungerig, daß ſie von ihren Bauern vor der Verfall-Zeit die ſchuldige Præſtation heraus bettlen, welche Anforderung doch keine gröſſere Straff nach ſich ziehet, als, daß diſe voreilige Anforderung dem Gült-Bauern einen längern Zahlungs-Termin machet, zumahlen die Straff derjenigen iſt, welche an der Zeit zu Fruhe ihr Sach fordern, daß der Schuldner doppelten Termin gewinne. §. 33. vers. plus autem & vers. ſed hæc. Inſt. de action. & plur petit. wann man alſo ſetzt, daß die Gült-Liefferungs-Zeit ſeye, wie es auch meiſtens iſt, das Feſt des H. Ertz-Engels Michaëlis der 29. Sept. und der Grund-Herr den Gült-Bauern um Bezahlung der Gült um 2. gantzer Monath zuvor, das iſt, auf St. Jacobi Tag, ankommt, und ſelben anhaltet, deſſentwegen zwar thut er die Caducität, welche nach S. Michaëlis Tag ſich zugetragen hätte, nicht nachlaſſen, unter deſſen doch gewinnt der Bauer noch Zeit von 2. Monath biß auf St. Catharina Feſt, inner welchen, wann er zahlt, er der Caducität entweicht. vid. Cujac. ad dict. L. 2. quæſt. 5. de jure emphyt. Donell. Comment. part. 9. cap. 15. vers 4. defens. Kürtzer und klärer reden wird, daß der Grund-Herr, wann er die Gült nach ſchon verwirckter Caducität annimmt, anſcheine, die Caducität nachzulaſſen. Corbul. de jure emphyt. cap. 15. limit. 21. n. 1. Menoch. de recuperand. poſſeſſ. remed. 9. n. 152. Afflict. decis. 129. n. 19. Wel- 12.
ches einige in ſo weit extendiren, daß die Nachlaſſung geſchehe, wann ſchon der Grund-Herr, da er die verfallne Gülten annimmt, proteſtirt, daß er ihme die Caducität vorbehalte; Diſes aber iſt mit ſeiner Maaß und ſolchergeſtalten zu verſtehen, wann nehmlich die verfallene Gülten mehrer als drey ſeynd: zum Exempel Titius der Bauer hat 4. gantzer Jahr ſeinem Herrn kein Gült gelieffert, nachgehends aber offerirt er den völligen Ausſtand, welchen der Herr acceptirt, doch mit der Proteſtation, daß er die Caducität nicht nachſehe. Fürwahr diſe Proteſtation iſt dem facto contrar. weilen er durch Annehmung der 4. jährigen Gülten den Bauern aufs neue erkennt, und als einen Gült-Bauern beſtättiget; ein anderes iſt, wann er proteſtirt, da er die

3\. jäh-

3.-jährige Gült annimmt: dann, weilen der Bauer solche schuldig ist, so nimmt der Herr solche mit Recht an, thut doch durch die Protestation und Reservation das Caducität-Recht, welches der Bauer verwürcket hat, beybehalten:
13. ausser es wurde der Bauer nach Umlauff der 3. Jahr seine Saumseeligkeit mit schneller Gült-Lieferung purgirn. juxta cap. fin. X. de locat. welches obwohlen vile Rechts-Gelehrte bey einem weltlichen Guth nicht zulassen, aus Ursach, weilen bey einem weltlichen Guth zu Verwürckung der Caducität ein längerer Termin ausgesteckt wird, nemlich 3. Jahr, als bey einem Kirchen-Guth, wo 2. Jahr ausgesteckt seynd, weilen aber unsere Dicasterien meistens den gelinderen Weeg gehen, so zweifseln wir nicht, daß sie nicht mit Zœs. loc. cit. quæst. 10. ohne allen Anstand die schnelle Versaumnuß-Purgirung annehmen wurden, weilen, da in Abgang einer Verordnung des geistlichen Rechts, die weltliche Gesatz gehalten werden, warumen soll nicht auch in Abgang der Verordnung in weltlichen Rechten das Gesatz der geistlichen Rechten passirt werden? Noch andere Unterschied über dise Frag macht Corbul. absonderlich wegen geistlichen Personen, welche der genigte Leser alldort finden kan.

14. Dises aber ist merckwürdig, daß nicht allein durch werckthätige Annehmung der verfallenen Gülten, sondern auch durch deren Abforderung der Grund-Herr anscheine die Caducität nachzusehen, welches doch weder dem Corbulo. loc. cit. n. 9. und Tyraquell de retract. convent. §. 1. Glossa. 2. n. 64. noch uns eingehet, weilen die Anforderung alsdann erst seine Würckung hat, wann sie geschicht mit einem Effect, nicht aber, wann der Bauer solche widerspricht, und aufs neue saumseelig und Contumax ist.

15. Sibendens wird gefragt, weilen besagter massen ohne des Grund-Herrn Willen lediglich keine Veräusserung eines Erb-oder Leib-Rechten Guths gültig ist, ob der Bauer leyden könne, daß wenigist durch Verjährung der dritte das Guth an sich bringe? In vorhergehenden haben wir etliche Unterschied von der Præscription wider den Herrn gesetzt, und haben unter anderen gesagt, daß der Bauer selbsten das Gült-Guth für frey eigen nicht anderst als in einer unfürdencklichen Zeit præscribiren könne, von welcher Præscription wir hier nicht mehr reden, sondern von einem dritten, der præscribiren thut, welche Præscription der Bauer, wo er könt hätte, nicht verhindert hat. Und diser Casus ist zweyfach, nemlich, wann der dritte die Sach præscribirt als ein Gült-Guth, oder als ein frey eigen Guth. Zum Exempel, der Titius hat von mir ein Grund-Guth zu Erb-Recht empfangen, der Sempronius prætendirt, er seye darumen der Grund-Herr, und also giebt solches Guth dem Cajo zu Erb-Recht, und giebt ihme als vermeintlicher Grund-Herr den Stifft-Brieff. Fürwahr, wann der Cajus dises Erb-Rechte Guth durch 5. Jahr unter gegenwärtige, oder 10. Jahr unter abwesenden besessen hat, so hat er solches Guth besagter massen als Erb-Recht præscribirt, weilen nichts abgehet, was zur rechtmässigen Præscription erfordert wird. Dann es ist verhanden der rechtmässige Titul des Kauffs und Verkauffs, so durch die Stifft-Brieff bestättiget worden, es wird gemuthmaßt, der gute Wohn, und die rechtmässig erfüllte Zeit. Der andere Casus ist, wann der Sempronius dises Grund-Guth, welches mir als Erb-oder Leib-Recht gehörig ist, für frey eigen dem Cajo verkaufft, alsdann ist nicht nicht nöthig, hierüber Brieff aufzurichten, sondern der Titul bestehet in dem blossen Consens, wodurch der Kauffs-und Verkauffs-Contract seine Endschafft erreichet; wann also der bona fides des Käuffers dabey gewesen, der geglaubt hat, daß der Sempronius über solches Grund-Guth Herr seye, und das Recht zum verkauffen habe, und da die in Rechten vorgeschriebene Zeit verstreichet, so bekannt der Cajus über solches Guth die unwiderrufliche Herrschafft. In disen beyden Fällen nun sagen wir, daß der Titius, der gestattet hat, sein Erb-oder Leib-Rechtes Guth entweders als frey eigen, oder als Erb-Recht von einem dritten zu des Grund-Herrn Schaden und Præjudiz præscribiren zu lassen, die Caducität verwürckt habe. Dann jener scheinet an, als hätte er das Guth veräussert, der sich seines Rechts bedienet, und also Gelegenheit gegeben hat, solches Guth zu verliehren, und deßtwegen ist er dem Herrn um jenes gehalten, was ihme daran gelegen ist, daß die Sach nicht præscribiret worden wäre, das ist, um den Werth des Erb-oder Leib-Rechten Guths.

Was ist aber zu thun, wann vom Cajo die Præscription noch nicht erfüllet worden, also daß der Grund-Herr den Cœjum hat in malam fidem setzen, und also per rei vindicationem sein Recht sicher stellen können, ist wohl der Grund-Herr schuldig, solches Erb-oder Leib-Recht-Guth dem vorigen Bauern Titio zuzustellen, absonderlich wann der Titius unter der Verjährungs-Zeit die jährliche Gülten bezahlt hat? Wir antworten mit nein, weilen auf Seiten des Titii nichts erman-

manglet hat, um so weniger wegen seiner Boßheit unverantwortlichen groben Nachlässigkeit die Præscription erfüllet, und die Veräusserung vollbracht worden. Vid. Zœs. loc. cit. quæst. 17. Wo er doch den Casum anderst vorstellet.

16. Achtens wird gefraget, weilen nach Innhalt, was wir zuvor gesagt haben, ein Gült-Bauer auch wider Willen des Grund-Herrns das Erb- oder Leib-Rechte Guth verlassen kan, damit er sich von denen jährlichen Gülten befreye, welches auch Ant. Faber in Cod. suo defin. 11. und Cassanæ. in consuet. Burgund. tit. de mains mortes. §. 8. in verb. en delaissant. n. 4. approbirt, wo nicht von Rechts wegen, welches Jul. Clarus bestreittet, wenigist aus einer Gewohnheit, welche absonderlich bey Bauern-Weesen zu beobachten ist, ob der Bauer, wann er das Gült-Guth, welches er verbessert hat, dem Grund-Herrn abtretten will, damit er sich von der Beschwärde der Gült-Lieferung frey mache, die gemachte Besserungs-Kösten nicht abziehen könne? Wir antworten, er kan nichts abziehen, obwohlen wir in vorhergehenden sattsam ausgeführt haben, daß der Bauer berechtiget seye, nicht allein das Erb- und Leib-Rechte Guth, sondern auch die Besserungen, wann einige Merckwürdung beygeschafft hat, zu verkauffen. Dessen ist die Ursach, weilen er darfür gehalten wird, daß er die Besserung mittelst Anlassung des Guths nachgesehen habe, weilen er zu dem Ende das Gült-Guth angenommen hat, daß er solches verbessere; er muß also ihme selbsten beymessen, daß er die gemachte Besserung freywillig verlassen will. Ant. Faber loc. cit. Clarus §. emphyteusis. quæst. 35. Es wäre dann zu Anfang des Contracts bedungen worden, daß dem Bauern nicht erlaubt seyn solle, das Guth ohne Consens des Grund-Herrns zu verlassen, dann es hat eine solche Bedingnuß eine mehrere Krafft als eine obwaltende Gewohnheit, durch welche, wie wir gesagt haben, vilmehr, als von rechtswegen dise freye Verlassung des Gült-Guths eingeführet worden ist. Unterdessen widerholen wir jenes, was wir vorhin gesagt haben daß der Bauer nicht entlassen werde, er habe dann die verfallene und ausständige jährliche Gülten und andere Schuldigkeiten biß auf den letzten Häller bezahlt.

17. Neuntens wird gefragt, ob deßwegen, weilen der Grund-Herr für gegenwärtiges Jahr die Gült annimmt, er darfür zu halten seye, er habe die vorgehende Gülten nachgelassen, oder vermuthlich schon zuvor empfangen, absonderlich wann zur Zeit, da er die Gült annimmt, nicht protestirt hat, daß er sich sein Recht wegen denen übrigen schon vorfallnen Gülten vorbehalte? Es mögen die Rechts-Gelehrte zum Widerspiel dißfalls disputiren was sie wollen, so halten wir darfür, daß der Grund-Herr gestrafft genug seye, wann er, da er für ein Jahr die Gült annimmt, das Recht die Caducität für die übrige verflossene Jahr zu begehren verlohren hat. Dann es wäre gar zu hart, daß gemuthmasset werden solle, er habe wegen für ein Jahr acceptirten Gült solche für die weiters verflossene Jahr nachgesehen, weilen eine andere Muthmassung kan geschöpffet werden, nemlichen daß er den Bauern zu grösseren Fleiß, und daß er die ausständige Gülten nach und nach mit denen künfftigen lieferen solle, verbinden wollen. Diser Casus ist uns offt begegnet, und wir haben niemahlen dahin beredt werden können, daß wegen Bezahlung der letzt jährigen Gült der Nachlaß, oder Bezahlung der weiters ausständigen Gülten præsumirt werden müsse, weilen alle Jahr die Ausständ allen Unterthanen offentlich verlesen werden, ja denen Nachlässigen aus denen Herrschaffts-Rechnungen und Büchern schrifftliche Extract mitgetheilet werden. Und wahrhafft wäre gar zu gehässig, dergleichen favorable Præsumption für solche Leuth einzuführen, welche notorisch ihre Schuldigkeiten, so lang sie können, und auf vile Jahr verschieben, mithin rechte Sutzler seynd.

Zehendens wird gefragt, wann in denen Stifft-Brieffen die zu Erb- oder Leib-Recht gegebene Grund-Stuck specificiret seynd, welche der Bauer anfänglich empfangen zu haben bekennet, nach der Hand aber laugnet, daß er diß oder jenes Grund-Stuck insonderheit in Besitz habe, und vom Grund-Herrn den Abgang ersetzt haben will, ob dem Herrn obliege anzuzeigen, wo solches liege, oder wann er solches nicht thun kan, ein anderes Grund-Stuck statt dessen herzugeben? Dise Frag ist uns bey dem Churfürstlichen Lehen-Hof gar offt begegnet, da die Vasallen verlangt, daß ihnen alle Grund-Stuck, welche in denen Stifft- und Revers-Brieffen sonderheitlich benamset und beschrieben seynd, vorgezeigt werden sollen, welchen wir entgegen setzeten, daß, weilen sie einmahl bekennet haben, daß sie die sonderheitlich benamste und beschriebene Grund-Stuck zu Lehen empfangen haben, sie wegen eigner Eingeständnuß solche Grund-Stuck auszuzeigen, und wann sie solches nicht thun können, andere dergleichen, von gleicher Güthe und Werth zu ersetzen schuldig seyen; und mit disem bin allzeit bey denen höchsten Dicasterien durchgetrungen, weilen ein jeder 18.

der bey seiner eigenen Bekanntnuß verbleiben muß. L. cum in debito. 35. ff. de prob. General. 13. vers. nimis enim &c. Cod. de non numerata pec. Es ist auch diser boßhafften Leuthen, welche offt von einem gantzen zu Erb-oder Leib-Recht, oder zu Lehen empfangenen Hof-Guth gantze Stuck aus Eigennutzigkeit veräussern, die allgemeine Entschuldigung und Ausflucht nicht anzuhören, daß sie das abgängige Stuck nicht finden können, weil sie solches nicht haben verliehren können, indeme sie solches gehabt zu haben eingestehen, ausser aus ihrer Schuld, weilen der Besitz corpore vel animo verlohren gehet. L. quemadmodum 8. L. si quis vi. 17. §. 1. ff. de acquirend. possess. gar schön Ant. Faber loc. cit. defin. 18. welchen wir allzeit als einen sonderbahr über dise Materi schreibenden allegirt und angemerckt haben. Und diser wird in so weit erstreckt, daß, wann der Gült-Bauer laugnet, daß ein Erb- oder Leib-Recht oder Herren-Gunst beziege, und er vom Herrn Gerichtlich überwiesen wird, so wird er zur Straff der Lug des Besitz, und all anderen Rechts, und Freyheit, so er am Guth hat, völlig beraubt. Idem. Ant. Faber loc. cit. defin. 25.

19. Eilfftens wird gefragt, obwohlen zu deme, daß wegen nicht bezahlten Gülten die Caducität verwürckt werde, erforderlich ist, daß 3. Jahr die Gült nicht geliefert worden, ob nicht der Grund-Herr und der Bauer ausdrucklich bedingen können, daß die Caducität Platz habe, wann nicht jedes Jahr die Gült genauer abgestattet worden? Und wir antworten mit ja, weilen der Sentenz, daß die Pacta denen Contracten Gesatz geben, in keinem anderen Contract mehr Platz hat, als in disem Erb- oder Leib-Rechts-Contract, weilen solcher aus denen unter beyden Partheyen getroffenen Bedingnussen seinen Ursprung und Substanz hergenommen hat. Doch dises ist zu Verwürckung der Caducitäts-Klag nicht erklecklich, wann nur obenhin von fleissiger Bezahlung der jährlichen Gült ein Bedingung geschehen, und nicht ausdrucklich beygesetzt worden ist, daß, wann ein Jahr die Gült nicht geliefert worden, das Guth caduc seyn solle. In Krafft dessen, was wir bey dem 20. Art. gesagt haben. Welches Julius Clarus in §. emphyt. quæst. 8. auch so weit extendirt, daß auch ein eydliches Versprechen, daß man jährlich die Gült liefern wolle, die Caducität nicht nach sich ziehe, ausser es seye die Caducität besonders bedungen und vorbehalten worden, welches aber andere nicht zulassen, wie dann auch wir anstehen disen Sentenz zuzulassen.

Zwölfftens wird gefragt, weilen obbesagter massen unseren Statuten nach der Grund-Herr das Gült-Guth, welches caduc worden, eigenmächtig ihme nicht einraumen kan, sondern einen Gerichtlichen Spruch, wenigist eine Erklärung haben muß, ob nicht in denen Stifft-Briefen ausdrucklich bedungen und verordnet werden könne, daß solches dem Grund-Herrn erlaubt und frey seyn solle? Und wir antworten mit ja. Clarus in dict. §. emphyteusis. quæst. 11. Faber loc. cit. defin. 27. Also daß dißfalls die Krafft des Pacts grösser als des Gesatzes ist, wie da redet Faber in rubric. ad dict. definit. wo er auch den Gewalt aus eigner Macht das caduc wordene Guth anzufallen auf solchen Fall extendirt, wann der Bauer wegen der Gült-Lieferung nicht angefordert worden, weilen das in denen Stifft-Brieffen sonderheitlich enthaltene Pactum selbsten die Anforderung machet. Dann, sagt Faber, es ist kein Schuldigkeit, daß jener angefordert werde, welcher selbsten das Gült-Guth mit der Bedingnuß empfangen hat, daß selbes, wann nicht jährlich die Gült geliefert werde, als caduc verfalle, absonderlich weilen die Natur der Gült-Gerechtigkeit so beschaffen ist, daß der Besitzer die jährliche Gülten ohne Anforderung bezahlen solle. Ein anderes ist doch bey einem Erben, welcher von solchen Pacto nichts weißt, wie eben Faber loc. cit. sagt. Der aber kan zweyfach von dem Pacto nichts wissen, entweders daß ihme nicht wissentlich, daß die ihme erblich zugefallene Sach Erb-oder Leib-Rechtig seye, doch aber ihme unbekannt ist, daß zwischen dem Herrn und dem Bauern bedungen worden, daß, wann nur ein Jahr die Gült nicht geliefert werde, das Guth als caduc verfalle. Welchenfalls die Anforderung nöthig ist, damit der Erb in malam fidem gesetzt werde, ohne welchen die als ohne daß schwere Caducitäts-Straff nicht Platz haben kan. 20.

Dreyzehendens wird gefragt, ob, und welchergestalten der sich bey einem Gült-Guth ergebende Schaden dem Grund-Herrn oder Bauern zufalle? Auf dise Frag seynd mehrere Antworten zu ertheilen. 21.

Ist also die erste, wann das Gült-Guth unversehens casu fortituito gäntzlich zu Grund gehet, zum Exempel, wann ein Acker, Weinberg, Wiesen ꝛc. oder ein anderes Grund-Stuck durch Uberwässerung oder sonsten verlohren gehet, so ist gewiß, daß die Gefahr und der Schaden dem Herrn und dem Bauern gemeinschäfftlich ist. L. 1. Cod. de jure emphyt. 22.

emphyt. Aus Ursach, weilen nach der gemeinen Rechts-Regul den Casum fortuitum der Herr leyden muß, welcher, weilen bey einem Gült-Guth ein doppelter Herr ist, nemlich directus der Grund-Herr, und utilis der Bauer, so folget, daß ein jeder des Casus fortuiti theilhafftig seye, also daß nach aufgehebten Erb- oder Leib-Rechts-Contract, da das Grund-Guth zu Grund gangen, einer das Recht die jährliche Gülten zu forderen, der andere das Recht die Früchten zu sammlen verliehret, wie es ist bey einem Vermüthungs-Contract, wovon kurtz hernach folgen wird. Die andere Antwort ist, welche in fürgewesten Kriegs-Zeiten gar zu offt fürkommen, wann die Grund- und Hofmarcks-Herren ausgetrieben worden, die Bauern aber im Besitz der Bauern-Güther verbliben, doch also, daß sie anderen aufgestellten und ihnen aufgebürdeten Grund-Herren aus grösseren Gewalt, dem sie nicht widerstehen können, die jährliche Gült liefferen müssen. Dann solchen Falls kan niemand zweifflen, daß den Schaden der Grund-Herr allein haben müsse, weilen er beraubet worden seines Rechts, die Gülten zu forderen, der Bauer aber in Besitz seines Rechts verbleiben.

23. Gleichwie zur dritten Antwort der gemeine Sentenz ist, daß, wann der Bauer durch feindlichen Einfall, oder durch anderen Casum fortuitum an seinen Früchten beraubet worden, er den Schaden leyden, und doch die Gült lieferen muß, wie dise Frag weitläuffig ausgeführet Corbul. de jure emphyt. cap. 15. ampl. 18. n. 14. & per totum. Aus Ursach, weilen der Bauer allein über die Früchten Herr ist. Muß also er allein den Untergang der Früchten leyden, damit allzeit wahr seye, daß dem Herrn der Schaden an der Sach zugehe. Für die vierte Antwort doch halten die Rechts-Gelehrte darfür, daß ein Unterschied unter denen Casibus fortuitis zu machen seye, ob nemlich ein solcher Schaden sich zutrage, wodurch der Bauer von Genuß des Gült-Guths verhindert, und gleichsam seiner Possession beraubet worden, welches absonderlich sich zutragt, wann das Orth, wo das Gült-Guth liegt, von dem Feind überfallen ist. Dann wann schon ein von dem Gült-Guth vertriebener Bauer die Possession nicht verliehret, weilen er solche im Gemüth als Possessionem civilem beybehaltet, so ist doch der Bauer wegen Kriegs-Troublen, und feindlichen Tumult den Grund nicht betretten kan, es eben so vil als wann der Grund nicht wäre, und völlig zu Grund gangen seye, wenigist in Ansehung der Zeit, wo der Grund nicht hat können betretten werden, innhaltlich des Text. in L. cùm unus. 12. §. ult. ff. de bon. auth. Jud. possid. wo §. ult. gesagt wird, wann wegen der Sach Natur, als, wann der Grund überschwemmt ist, oder wegen der Jauner und Diebs-Gesindl Gewalt derselbe nicht kan betretten werden, so wird recht gesagt, es seye nichts, so könne besessen werden.

Und obwohlen (welches für die fünffte Antwort dienet) andere disen Sentenz 24. nicht annehmen wollen, wann ein solcher Casus fortuitus sich zugetragen, wo der Bauer von Betrettung der Possession nicht verhindert ist, dergleichen ist die Unfruchtbarkeit, der Mauß-Biß, das abfressen der Hey-Schröcken, Reiffen Schaden rc. weilen besagter massen die Gefahr wegen der Früchten der Bauer leyden und tragen muß, so ist jedoch durch die Gewohnheit des Vatterlands das Widerspiel eingeführet worden, daß bey allen niederen und höheren Gerichtern zwischen dem Grund-Herrn und dem Bauern gütliche Vergleich tentirt werden, bey welchen die gemeine Meynung observirt wird, daß jene Bauern gelinder gehalten werden sollen, welche übergiltet seynd, und schier so vil Gült liefern müssen, als der Grund traget. Dann es seynd schier alle Bauern-Güther in unsern Vatterland mit Herrschafftlichen Præstationen so beladen, daß wann der Grund-Herr solche mit eigenen Dienst-Botten bauen wolte, er nach abgezogenen Unkösten so vil nicht zum Gewinn haben kan, als die jährliche Gült auswirfft. Und daß hierauf die Rechts-Gelehrte ihr Absehen haben, will anscheinen, welche wegen der Unfruchtbarkeit, oder dergleichen unversehene Fäll denen Bauern einen Nachlaß zuschreiben. Fürwahr dergleichen armen Leuthen seynd die Land-Ständ an denen absonderlich bey denen Ordinari-Steuren und Anlagen geneigt, und haben sehr offt vom Lands-Fürsten erbetten, daß disen armen Schluckern ein gleicher Nachlaß von ihren Privat-Grund-Herren beschehen möge, welches auch im geheimen Rath für so nothwendig angesehen worden, daß offentliche Decreta ergangen, welche denen Grund-Herrn anbefohlen, daß sie so vil, als denen Bauern an der Steuer und Anlagen bey dergleichen Casibus fortuitis nachgelassen worden, auch an der Gült nachlassen sollen: Und gantz recht, weilen jenes leichter getragen wird, was zugleich zwey tragen, und weilen vernünfftig ist, daß, wann von dem Lands-Fürsten an jenen Einkünfften, welche jure suprematûs zu Erhaltung der Unterthanen geliefert werden müssen, ein Nachlaß geschicht, auch vom Grund-

Herrn,

Herrn, der nur ein Privat-Jus des Dominii hat, ein Nachlaß geschehe. Obwohlen wir wissen, daß mehrere Grund-Herren so arglistig seyen, daß sie keinen Nachlaß geben, sondern nur die Gült-Lieferung nicht betreiben, zu dem Zihl und End, um zu sehen, ob die Unterthanen, welche dergleichen Fäll erlitten haben, sich wieder erschwingen können. Dann wiedrigenfalls, wann sie sich nicht erschwingen können, sondern auf die Gant kommen, wird jedes, was nachgelassen worden, für nachgelassen gehalten, und wird darauf in dem Prioritäts-Urtheil nicht mehr reflectirt, wann aber von denen Grund-Herrn die Gült-Lieferung nicht getrieben, sondern dissimulirt worden, so verbleibet ihnen Innhalt des 9. Art. vers. doch wofern Tit. 2. des Gant-Process ihr Recht auf gewisse Art, wie wir alldort ausgeleget haben, frey. Lese hierüber den And. Gail. lib. 2. pract. observ. 33. Clar. Lib. 4. §. emphyteusis. quæst. 8. fusè Corbul. de jure emphyt. cap. 15. ampl. 18.

25. Vierzehendens wird gefragt, was für ein Unterschied seye zwischen einem Gült-Contract, und einem Zinnß-Contract? Dann obschon die beyde in mehreren Stucken übereins kommen, also daß einige Rechts-Gelehrte beyde für einen Contract halten, und den Unterschied einen Traum nennen. Tyraquell. tract. de retract. L. q. §. 35. Gloss. 1. Daß jedoch ein grosser Unterschied unter denen Gült- und unter denen Zinnß-Præstationen seye, erhellet aus deme, weilen die Gült-Lieferungen auch in sich die Schuldigkeit das Anfall-Geld zu bezahlen enthalten, und wann die Gült 3. Jahr nicht bezahlt wird, das Guth für caduc verfallet, wo entgegen die Zinnß-Præstationen in sich keine Schuldigkeit der Anfall-Gelder begreiffen, weilen sie keinen Grund-Herrn erkennen, sondern aus des Schuldners Eigenthum bezahlet werden, und wann die Zinnß 3. oder mehr Jahr nicht bezahlet werden, solche keine Caducität nach sich ziehen, sondern allein die Schuldigkeit jenes zu bezahlen, was den Zinnß-Herrn daran gelegen ist, wie gar wohl redet D. Klingensperg de emphyteusi cap. 1. assert. 5. Deme ist auch diser sehr merckwürdiger Unterschied beyzusetzen, daß die privilegirte adeliche über ihre Particular- und absonderliche Unterthanen, von welchen sie Stifft und Gült beziehen, krafft der Privilegien Alberti der Sechzigisten Hand-vest, die niedere Jurisdiction haben, welche ihnen über die Zinnßbare Unterthanen gäntzlich verweigert wird, daß also, wann schon die Unterthanen still schweigen, und denen Herren nichts in Zweiffel ziehen, sie mögen solch jährliche Præstationes aus Zinnß- oder Gült-Recht einnehmen, so kommen doch die Pfleger und ihre Pflegs-Verwalter wegen ihren eigenen Interesse darzwischen, und wiedersprechen, daß dises Gült-Præstationes seyen, und machen denen Herren bey solchen einschichtigen Gütheren die Jurisdiction strittig. Noch ein anderer merckwürdiger Unterschied ist wegen Aufrichtung der Brieffschafften, dann wann der Unterthanen ihre Præstationes den Nahmen verdienen einer Stifft und Gült, so seynd sie Gült-Præstationes, und kan ein jeder Grund-Herr, wann er schon über solche Unterthanen keine Jurisdiction hat, nicht allein den Stifft-Brieff ertheilen, sondern auch zu der Unterthanen Veräusserungen den Willen-Brieff geben, und in dem Fall, da allein um die Real-Action zu thun ist, auch über den Veräusserungs-Contract das Instrument errichten. Wann aber solche Præstationes censiticæ seynd, so haben sie von solchen Gutthaten, so denen Grund-Herren zustehen, keinen Theil, weilen die Zinnß-Einnehmer meistens keine Grund-Herren, sondern blosse Glaubiger seynd, denen dergleichen Recht und Gerechtigkeit auf keine Weiß zustehen, und alle Aufrichtung der Brieffschafften der ordentlichen Obrigkeit, worunter der Zinnßbare Bauer stehet, gebühret, ist also der Mühe werth genauer zu durchsuchen, wann eine jährliche Præstation pro emphyteutica oder censitica zu halten seye.

Und dißfalls wird die erste Regul gesetzt, wann gewiß ist, daß eine Sach, woraus jährlich oder monatlich etwas an Getreyd, Geld, oder dergleichen gereicht wird, einen anderen Herrn habe, ein solche Præstation ist für ein Zinnß-Præstation zu halten, und jener, welcher sothane Lieferung einnimmt, für einen blossen Glaubiger. Ein Exempel haben wir vorhanden bey unserem Lehen-Hof. Ein gewisser Edelmann hat in dem Dorff K. einen fürnehmen Lehen-Hof, aus welchem dem Closter A. alle Jahr etliche Kreutzer bezahlet werden. Obwohlen nun des Hofs Lehenbarkeit nicht wiedersprochen werden kan, weilen die Lehen-Brieff gar zu klar seynd, so hat doch der Administrator über die zeitliche Güther dises Closters eigenen Gewinns und Nutzens halber den Bauern und Innhaber dises Hofs dahin verbunden, daß er hat müssen einen Stifft-Brieff annehmen, und für dises ihm aufgetrungene Instrument etliche Gulden bezahlen, wo doch des Closters jährliche Schuldigkeit über 6. Kreutzer nicht gewesen, unter dem Vorwand, daß dise geringe Schuldigkeit anzeige, daß der 26.

Hof dem Klöster Erb-oder Leib-Rechtig seye. Welches da wir vernehmeten, so haben wir von Amts wegen als Lehen-Probst solche Brieffschafften von dem Bauern abgefordert, und solche in tausend Stuck zerrissen, und dem Kloster in Nahmen Ihro Durchl. scharff gebotten, daß selbes, wann es nicht will, daß ihme die eigne Chur-Fürstliche Lehen wegen solch schwehrer Injuri und Verachtung des Lehen-Herrns als caduc erklärt werden, dem Bauern die wegen denen Brieffen ausgelegte Kösten zuruck stellen solle, welches in einen Stritt erwachsen, und noch nicht ausgemacht ist. Wir aber haben dise des Administraters Contradiction für muthwillig und boßhafft angesehen. Dann wie kan ein eintziges Guth zwey Herren haben, einen Grund, und einen Lehen-Herrn? Dann eben darumen, da ein Guth als ein Lehen erwiesen und erkennt wird, muß ein solch geringe Præstation von wenig Creutzern für einen Neben-Zinnß gehalten werden, weilen über ein Guth zwey Herrn in solidum nicht geben kan.

27. Die zweyte Regul ist, welche unsern Bayrischen Statuten sehr conform ist, daß wann eine jährliche Præstation auf eine gewisse Weise kundbar ist, und deßwegen keine brieffliche Urkunden verhanden seynd, solche Præstation allein für einen Zinnß zu halten seye. Aus Ursach, weilen kein eintziger Erb- oder Leib-Rechts Contract wenigist nach unsern Land-Rechten ohne errichtete Brieffschafften gültig und kräfftig ist. Dann, wann die Stifft-Brieff abgehen, welche als eine Substanz und Wesenheit eines Erb- oder Leib-Rechts-Contracts erfordert werden, so seynd dergleichen Præstationes fremd, und schlagen in einen andern Contact ein, und kan kein vernünfftiger Mensch zweiflen, daß nicht solcher Contract ein Zinnß-Contract seye. Es mag nun obgedachte klösterliche Præstation ihren Ursprung hernehmen, woher es wolle, so thut doch der muthwillige Administrator sich umsonst bemühen, deßwegen eine Grund-Herrlichkeit zu erzwingen, weilen die Grund-Herrlichkeit handgreifflich dem Lehen-Hof zugehört, und die vorige Hofs-Innhaber dergleichen Stifft-Brieff, welche dermahlen mit Gewalt aufgebürdet, werden, niemahlen empfangen haben, wo doch die Lehen-Brieff denen Vasallen von 300. Jahren hero bey jeden Veränderungs-Fall gegeben, und angenommen worden. Dise Regul nimmt auch an Berlich. lib. 2. conclus. 47. n. 17. Wo er sagt, daß, gleichwie bey einem mit Brieffschafften bekräfftigten Contract ein Erb-oder Leib-Recht præsumirt wird, also im Gegenspihl, wo wegen jährlichen Præstationen keine Brieffschafften obhanden seynd, ist zu præsumiren, daß solche Præstation ein Zinnß seye.

Die dritte Regul ist abzunehmen aus der allgemeinen Gewohnheit des Vatterlands, wo von denen Leib- und Erb-Rechten Güthe- 28.
rern, bey welchen die Nutzniessungs-Herrlichkeit denen Bauern übergeben wird, meistens eine jährliche Gült und zwar in Krafft des zwischen dem Grund-Herrn und dem Bauern getroffenen Contracts vorbehalten wird, welche mit denen jährlichen Früchten nicht gar ungleich ist. Aber dergleichen für die Klöster und andere milde Stifftungen gewiedmete kleine Neben-Zinnß entspringen meistens aus denen Testamentern und letzten Willen zu einer Beyhülff, und nicht, zu einen Zeichen einer übergebner Herrlichkeit. Wann du sagen wilst, daß so wenige Creutzer eine schlechte Beyhülff einem Kloster seyn werde. So antworten wir, daß aus vilen Bächlen endlich auch ein Bach werde, und von vilen Tröpfflen endlich auch ein Faß voll werde. Hernach ist vor alten Zeiten, da dergleichen Neben-Zinnß aufgericht worden, weilen ein grösserer Geld-Mangel ware, als zu jetzigen Zeiten, durch wenige Creutzer dem Empfanger ein grösserer Nutzen zu gegangen, als jetzt mit so vil Gulden, absonderlich bey jetzigen schlechten Geld-Sorten, wo ein gantzer Gulden dem rechten innerlichen Werth nach, kaum einen halben Gulden ausmacht. Dann siehe, als zu München Anno 1468. der Tempel unser lieben Frauen erbauet wurde, ist einem Handwercks-Mann für sein Tag-Lohn ein schwartzer Münchner Pfenning (deren noch vil giebt, und bey armen im Spar-Haffen gefunden werden) gegeben worden. Und als im nachfolgenden Jahr 1475. Georgius der reiche Hertzog in Unter-Bayern mit Hedwig des Pohlnischen Königs Tochter in Gegenwart mehr dann 30. Kayserliche Königliche und Fürstliche Persohnen beyden Geschlechts, auch Beyseyn zahlreicher Graffen, Frey-Herrn und Adelichen die Hochzeit hielte: (die Anzahl ist daraus abzunehmen, weilen täglich 9260. Pferdt unterhalten wurden) alle Victualien so wohlfeil gewesen, daß um einen Pfenning und Creutzer, sehr vil Eyer, Hüner, Hennen &c. kaufft wurden, und der Königlichen Braut ihren damahls so genannten Cammer-Jungfrauen, zu einer Hochzeit-Schanckung, von dem Hertzog als Hochzeiter-Ring geschenckt wurden, deren jeder 2. oder höchst 3. Gulden werth ware, welche vieleicht, wann sie noch verhanden wären, heutiges Tags um 100. Gulden geschätzt wurden. Es ist gewiß, und ich kunnte hier dem geneigten Leser sehr vil Zettel vorlegen, woraus erhellet, daß heut zu Tag eines eintzigen Grafen oder eines Privat-Edelmanns Hochzeit mehr koste, als vor Zeiten so kostbare Königliche Beylager gekostet haben, dessen ist keine andere Ursach, als der Werth des Gelds, dann zu selbigen Zeiten in dem gantzen Teutsch-

Land war kam ein eintzige Ertz-Gruben, biß auf das 1469. Jahr in dem Sachsen Meißnischen Gebürg, welche die Schnee-Berg genennt werden, so fruchtbare und reichliche Silber-Aderen erfunden worden, daß in nachfolgenden 30. Jahren dem Chur-Fürsten zu Sachsen von den Wercken als ein Zehent 519900. Thaler bezahlt worden, daß also nothwendig sich diser Gewinn aus disen Berg-Wercken auf 5199000. Thaler erstreckt hat, welcher Silber-Erfund ja nach der Hand den Silber-Mangel ersetzt, und die Waare theuer gemacht. Hernach in dem 15. Jahrhundert haben die Spanier und Lusitanier aus dem neu erfundenen America einen ungemeinen Silber-Schatz herausgezogen, und in Europa überbracht, womit die Geld-Schätz vermehret, und nicht allein alle brauchbare Waaren und unbewegliche Güther theuer worden. Als ich noch zu München Hoff-Rath wäre, hab ich ein Testament, so schon im 15. Jahrhundert errichtet worden, gesehen, wo der Verstorbene um eine jährliche heilige Meß, oder Jahr-Tag einen Batzen (der 4. Creutzer werth ist) vermacht hat, mit dem Beysatz, damit sich die Geistlichkeit wegen des gar zu kleinen Besolds nicht beklagen könne. Woraus sattsam erhellet, daß der Werth eines Batzen für eine jährliche heilige Meß zur selben Zeit nicht nur allein für genug, sondern auch für überflüßig gehalten worden. Was haben nun sich die Klöster wider die Zinß von etlichen Creutzeren als über eine schlechte Beyhülff zu beklagen? Da ich noch zu Amberg in der oberen Pfaltz wäre, habe ich eine dortmahls zwischen einem Kloster, und denen Unterthanen sehr strittige Frag unter handen gehabt, dann die Erb- und leibrechte Unterthanen aus uralter Observanz zahleten unter denen klein Diensten für einen Käß (den ein jeder mehrere liefferen müssen) nicht mehr dann einen Regenspurger Pfenning in Nahmen des Klosters (welche Klöster damahlen unter des Lands-Fürsten Händen waren,) welchen Regenspurger Pfenning ins künfftig der weltlichen Beamte anzunehmen geweigert hat, unter dem nicht undienlichen Vorwand, daß zu diser Zeit ein absonderlicher ein Holländer Käß, der von rechter Grösse zu seyn scheinet, einen halben Gulden werth, und also mehr als 120. Pfenning ausmacht. Der Stiffter Meynung und Intention seye gewesen; daß denen München vorgesehen wurde, und zwar mit so vil Käß, so vil sie des Jahrs hindurch zum Unterhalt nöthig haben, welchen Unterhalt sie ja nicht hätten, wann sie für jeden Käß, den Anzahl sich über 200. erstrecket, nicht mehr als einen Pfennig, und also in der That kaum den Werth zweyer Holländer Käß empfangeten. Weilen nun ich zu einer andern Regierung beruffen worden, so habe ich den Ausgang des Stritts nicht erwartet, und entzwischen einen alten Regenspurger Pfennig zu handen bekommen, welchen ich noch habe, dessen Werth nach der innerlichen Güthe des Silbers in einem Creutzer bestehet. Kan also aus der Geringe der Præstation vilmehr ein jährlicher Neben-Zinß abgenommen werden, als eine Gült-Gerechtigkeit.

Die vierte Regul ist, wann bey jedwederer Veränderung desjenigen, der seine jährliche Præstation giebt, der Erb, oder der Käuffer sich bey jenem, der die Liefferung annimmt, anmeldet, selben für seinen Herrn erkennt, und eine neue Investitur sich ausgebetten hat, alsdann, wann schon die erstere Stifft-Brieff nicht verhanden seynd, so wird gemuthmasset, daß solche Liefferung eine Gült seye, gleichwie im Gegenspihl, wann eine solche Erkanntnuß unterlassen, doch nichts desto weniger die jährliche Liefferung gleichförmig bezahlt, und angenommen worden, die Præstation für eine Gült zu halten ist. 29.

Endlich fünfftens, wann beyderseits die Muthmassung gleich seynd, so haltet der mehrere Theil der Rechts-Gelehrten darfür, es seye solches mehrers ein Zinß, als eine Gült, weilen ein Zweifel allzeit jenes zu halten, was das wenigiste ist. L. semper in stipulationibus. ff. de R. J. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 106. Tusch. tom. 3. lit. E. conclus. 192. n. 154. & seqq. Berlich. lib. 2. conclus. 47. n. 19. 30.

Wir beschliessen dise Materi vom Erb- oder Leib-Recht, von denen Anfall-Geldern, und andern, was davon abhanget, welche alles mit deme zu überlegen ist, was wir bey dem Art. 11. und 12. der Land-Recht geschrieben haben, wo wir von denen Lehen gehandlet, und absonderlich von Beutel-Lehen, welche mit denen Erb- und Leib-Gerechtigkeiten eine Gleichnuß haben. Wir wollen zum Beschluß diß allein beyrucken, daß, obwohlen die Erb- und leibrechte Güther, und die Beutel-Lehen in denen mehresten übereinskommen, und mit ein ander verglichen werden, wir doch anstehen, ob jenes, was D. Klingensperg in novissima sua editione de jure emphyt. cap. 9. assert. 98. geschrieben hat, mit unsern Land-Recht übereinskomme, dann, daß alle Gleichnuß hincke, und daß die Erb- und Leib-Gerechtigkeit von dem Beutel-Lehen-Recht in vilen unterschieden seye, haben wir klar gezeigt in unserm enchiridio feudali, hier ist genug jenen merckwürdigen Unterschied zu wiederholen, welchen wir schon offt beygebracht haben, sagende, daß die Lehen-Reich Relevia genannt von denen Bursch-Lehen so offt bezahlt werden müssen, als offt eine Aenderung nicht allein auf Seiten der Vasallen der Lehen-Träger, sondern auch auf Seiten der Lehen-Herrn sich zu 31.

 tragt

tragt, wo hingegen bey denen Erb- oder leib-rechten, oder Herrn-Günstigen Güthèren kein Anfall-Geld gegeben wird, wann nur an Seiten des Grund-Herrn eine Aenderung geschicht. Und dahero kommt es, daß die Lehen-Unterthanen gehalten seyen zu einem Haupt-Fall, daß sich durch den Todt des Lehen-Herrn ergiebt, die Grund-Unterthanen aber seynd nichts schuldig, wie die tägliche Praxis ausweist, weilen nach dem Todt des Grund-Herrns die Erb-Rechter noch weniger die Leib-Rechter, oder Herrn-Günstler verbunden seynd, ihre Gerechtigkeiten zu recognosciren, oder ihre Stifft-Brieff erneueren zu lassen. Dessen Ursach scheinet obhme zu seyn, unserer Meynung nach ists doch dise, weilen das Lehen eine Gutthat ist, die Erb-Gerechtigkeit aber ein Contract, dann, obschon mehrere Rechts-Gelehrte wollen, daß auch ein Lehen ein Contract seye, absonderlich, weilen nach jetzigen Recht auch die Lehen selten mehr umsonst angelassen werden, sondern um Geld Krafft eines Pacts oder Contracts, so zwischen dem Lehen-Herrn und Lehen-Mann geschlossen worden, ist doch das Lehen mehrers ein unverdiente Sach, als ein Erb-Recht, welches aus Verordnung Zenonis einen besondern Nahmen eines Contracts erhalten hat. Gleichwie nun nach des Lehen-Herrn Todt der Lehen-Mann einen neuen Herrn bekommt, welchen er für einen neuen Gutthäter verehren, und die Gutthat von ihme aufs neue erkennen muß, der Gült-Bauer aber wegen Veränderung seines Grund-Herrns zu Bezahlung des Anfalls nicht gehalten ist, weilen die Natur des Gült-Contracts die Erben des verstorbenen Grund-Herrns ohne weitere Recognition zu Haltung des Contracts verbindet. Hernach haben wir oben gesagt, daß die Gült-Bauern alle Jahr ihre Gülten und andere herrschafftliche Schuldigkeiten bezahlen, durch welche Bezahlung sie ihren Herrn sattsam erkennen, daß nach dessen Todt eine neue Erkanntnuß nicht nöthig ist. Aber die Lehen-Männer haben jährlich nichts zu zahlen, ist sich also nicht zu bewundern, wann ihnen nach des Lehen-Herrns Todt die Lehen-Erkanntnuß aufgetragen wird, damit sie die Lehen-Güther nicht für eigen besitzen, und ihre Lehen-Herrn nicht betrügen können, welchen Betrug die Gült-Bauern so leicht nicht thun können, weil solchen die jährliche Bezahlung der ausständigen Gülten ausschließt.

Der andere merckwürdige Unterschied unter einem Beutel-Lehen, und einem Gült-Guth ist, weilen in 8. Art. 12. Tit. der Land-Recht verordnet wird, daß mehrere Erben eines Beutel-Lehens vor allen gehalten seyen, gemeinschafftlich für des verstorbenen Lehen-Manns Todt die Lehen-Reich zu præstiren und, wann das gantze Lehen, wie meistens geschicht, einem von denen übrigen Mit-Erben allein abgetretten wird, der die übrige wegen ihren Erbs-Antheilen mit barem Geld, oder in andere Weg hinaus löst, so ist ein socher schuldig das Lehen aufs neue zu erkennen, und den weitheren Lehen-Fall zu erlegen, nicht zwar für das völlige Lehen, sondern für der Mit-Erben Antheil; welche Verordnung bey der Materi der Gült-Güter nicht gefunden wird, daß also wir jenes, was wegen denen Lehen statuirt worden, mit D. Klingensperg nicht getrauen auf die Erben der Gült-Güther zu erstrecken. Die Ursach ist, weilen die Rechts-Gelehrte insgemein wöllen, daß dem gemeinen Recht nach von denen Erben, wenigist von denen Söhnen des Gült-Bauerns gar kein Anfall-Geld begehrt werden könne, weilen dise darfür gehalten werden, daß sie in der ersten Investitur enthalten und begriffen seyen, daß also in ihnen vilmehr die Gült-Gerechtigkeit fortgesetzt, als durch die Erbschafft neuerlich erworben werde. Berlich. in aur. Decis. part. 1. Decis. 19. n. 1. & seqq. Pistor. lib. 1. quæst. 50. n. 59. Obwohlen nun unsere Bayrische Statuten in der Lehen-Materie diese zweyfache Lehen-Gebühr ausdrucklich zu lassen, und in der That (wann schon wir disen Sentenz bey dem 8. Art. 12. Tit. der Land-Recht nicht approbirt haben) einen Unterschied unter dem gemeinen, und unsern Land-Recht ausmachen, so kan doch mit Bestand der Rechten solch doppelte Forderung auf die Gült-Güther nicht erstreckt werden. Dann allzeit die Materie der Anfall-Gelder, und der Lehen-Reich als odios, und dem gemeinen Recht widrig ist mehrers einzuschrancken, als zu erweitheren. Wir wissen, daß in unsern Vatterland an vilen Orthen der Mißbrauch eingeschlichen, daß in dem Fall, da einer zum Exempel 3. Söhn hinterlassen, nicht allein von denen Grund-Herrn absonderlich Geistlichen, welche barmhertzig seyn solten, das Anfall-Geld begehrt werde, sondern, weilen gehörter massen die Vertheilung der Gült-Güther nicht zugelassen wird, und also nöthig ist, daß die Mit-Erben gegen Empfang ihrer Gebühr ihren Erbs-Antheil am Gült-Guth einem aus ihnen, der dem Grund-Herrn am anständigisten ist, überlassen, diser Ubergabs-Casus, wie bey denen Lehen beschicht, für eine neue Aenderung gehalten, und ein neues Anfall-Geld von denen abgetrettnen Erbs-Portionen gefordert werde, welches wir für unbillig halten; dann wann schon dises bey denen Lehen in dem 8. Art. 12. Titul der Land-Recht statuirt ist, so ist doch nicht zu finden, daß ein gleiches bey denen Gült-Güthèren verordnet worden seye. Es ist also dise Lehens-Verordnung als odios nicht auf die Gült-Güther zu überschieben, weilen das gemeine Recht dopplet corri-

corrigirt wurde, erstlich weilen sie denen in der ersten Investitur begriffenen Söhnen die Schuldigkeit ausbürdet, das Anfall-Geld zu bezahlen, welches das gemeine Recht nicht zu laßt. Andertens weilen die geistlichen Grund-Herren aus Geitz auch in dem Fall, da die Erben aus ihnen gleichsam gezwungener Weiß das Guth abtretten, ein neues Anfall-Geld fordern. Etliche aus meinen Bauern haben einige Particular-Gült-Güther gehabt, welche zu fremden Pfarr-Kirchen gehörig waren, deren Kirchen-Pfleger ohne Scheu auch in disen Begebenheiten das doppelte Anfall-Geld erpreßt haben, wo doch der verstorbene Bauer nur einen Erben hinterlassen hat, welche Boßheit, nachdeme die Sach bey uns gerichtlich angebracht worden, wir scharff angesehen, und allzeit das doppelte Anfall-Geld, auch im Fall, da mehrere Erben das Gült-Guth einem Mit-Erben übergeben haben, als ein ungerechtes Weesen verworffen haben. Wir wollen jedoch einer besseren Meynung dißfalls nicht præjudicirt haben.

Des XXII. Tituls

Von denen Scharwercken.

Erster Articul.

Die Scharwercken kündten nicht eigentlich und gründlich beschrieben werden, doch insgemein darvon zu reden, seyn es Dienst und Arbeit, welche ein Unterthan, seinem Gerichts- oder Vogt-Herrn, zu seiner Leibs- und Hauß-Nothdurfft, mit seinem Vieh oder seinem Leib mit oder ohne gewisse Maaß verrichten, und leisten muß.

Summaria.

1. Warumen in denen alten *Statuten* von denen Scharwercken nichts verordnetes zu finden?
2. Was die Scharwerck oder Fron-Dienst seyen?
3. Was die *Angarien* seyen?
4. Wie vilerley Gattungen der *Jurisdiction* seyen, und was für Fron-Dienst bey jeder müssen geleistet werden?
5. Ob heut zu Tag noch ein Dorffs-Gericht gebe?
6. Ob die Adeliche auch in Krafft des Lehen-Rechts die niedere *Jurisdiction* haben?
7. Was für Dienst wegen der niederen *Jurisdiction* müssen geleistet werden?
8. Ob die Bauern zu denen Fron-Diensten gehalten seyen, wann der Herr darburch einen Gewinn sucht.
9. Wann gesagt werden könne, daß die Dienst übermäßig seyen?
10. Welche Vieh-Dienst, und Hand-Dienst genennt werden?
11. Ob nicht die Dienst in *Personal, Real,* und *mixtirte* Dienst abgetheilt werden können?
12. Ob jene, welche Vieh-Dienst leisten, auch zu Hand-Dienst angehalten werden können?
13. Welche Dienst gemessen, und ungemessen genennt werden?
14. Die *Definition* des *Balthasars* über die Fron-Dienst wird wiederlegt?

Vorläuffig wird sich villeicht der Leser verwunderen, warumen in denen alten Statuten nichts von denen Fron-Diensten gemeldet werde, hier aber gantz neuerlich ein gantzer Titul davon gemacht worden? Dessen Ursach kan aus jenem, was wir anderstwo gesagt haben, abgenommen werden, wo wir zum Fundament gesetzt haben, daß in unsern Bayerland vor altem alle Jurisdiction die gröste oder suprema territorialis und criminalis die hohe Lands-Fürstliche, und mittlere, die nieder gerichtliche Obrigkeit, und minima, die Dorffs-Gerechtigkeit, dem Lands-Fürsten zu gehört haben, biß mit der Zeit solche etlichen Adelichen Familien wegen ihren Verdiensten, und endlich vom Ottone dem gantzen Adel wegen mit Geld und andern geleisteter Beyhülff, zu Behauptung deß ihme Erblich zu gefallenen König-Reichs, solcher gestalten zu gelassen worden, wie in dem Ottonianischen Privilegio enthalten ist, welches insgemein genennt wird, die erste Hand-Vest. Weilen nun die Gesatz denen Unterthanen, und nicht dem Lands-Fürsten gegeben werden, deswegen ist unsers Erachtens von denen Fron-Diensten der Bauern als eine Würckung der Jurisdiction in denen uralten

uralten Gesatzen nichts verordnet worden, biß im Brauch worden, daß die Lands-Ständ, da sie den neuen Lands-Fürsten huldigten, über ihre Privilegien die Confirmation zu begehren anfangeten. Aus welchen endlich ein Buch, der erklärten Lands-Freyheit gemacht, und als ein Theil der Bayrischen Statuten dem übrigen Corpori einverleibt worden ist. Wie erhellet aus der Bayrischen Lands-Ordnung de Anno 1553. wo part. 2. vom 29. Art. bis auf den 36. Art. von denen Scharwercken der Bauern viles geschrieben ist, welches doch in disem Titul mehrers ausgelegt und erkläret wird, wie wir sehen werden; welches von darumen sehr nöthig gewesen, weilen, wie wir gesagt haben, die mittlere Jurisdiction nicht allein auf den Adel, sondern auch was die Hof-Marchen betrifft auf die übrige Lands-Ständ gekommen ist. Dann obschon die Rechts-Gelehrte in Zweiffel ziehen, woher die Frohn-Dienst der Bauern ihren Ursprung haben, da die mehrere darfür halten, daß die Frohn-Dienst eine Würckung seyen jener Pacten, so über Gült-Güther errichtet worden, so bey uns ist doch klar, daß dise Bauern-Dienst ein Effect von der niederen Gerichtbarkeit seyen, welche weilen besagter massen vor alten allein dem Lands-Fürsten zugehört hat, so folget, daß solche auch er allein habe fordern können, und also deswegen kein offentliches Gesatz nöthig gewesen seye. Bey disen Zeiten aber ist eine genauere Durchforschung diser Rechten von darumen nöthig, weilen kaum mehrere Stritt seynd, dann dise von Frohn-Diensten zwischen Herren und deren Unterthanen.

2. Der erste Art. fanget dise Materi an mit der Definition, doch also, daß der Gesatz Geber bekennet, solche schwer zu seyn, wann nemlich solche verlangt werde nach denen Regulen des Aristotelis topic. 6. wo er zu einer Definition erfordert, daß selbe reinlich und geschickt seyn solle, und in einem kurtzen Begriff durch die Weesenheit der Sach Substanz auslege, und nicht durch die Effect, so von der Sach weit entfernet seynd, ausdeute, welches bey Juridischen Sachen ohnmöglich ist, weilen ein jedwederer geringster Umstand das Recht selbsten, und des Rechts Substanz umkehren kan. L. interpositas. 13. Cod. de transact. Wir wollen den Art. auslegen, wie er liegt, welcher, obwohlen er keine vollständige, und Substanzmässige Definition nicht in sich begreifft, so macht er doch ein zulängliche Beschreibung, woraus die Natur der Bauern Frohn-Dienst sattsam erkennet werden kan. Dann 1. werden sie genennet ein Dienst oder Arbeit. Welches Wort general und tauglich ist, alle Dienst in sich zu begreiffen, welche entweders aus Freundlichkeit, oder auch wegen pactirten Lohn, oder sonsten von denen Knechten, und Dienstbotten und anderen freyen Leuthen pflegen verrichtet zu werden. In Mitnächtlichen Ländern des Römischen Reichs werden die Bauern-Dienst genennet, aller Dienst, oder Frohn-Dienst, und in unseren Bayerland Scharwerck. Alle dise drey Wort fallen auf eines aus, und deuten solche Dienst an, welche nicht allein ein Mensch, sondern eine gantze Gemeind leistet. Deswegen wird dem Wort Dienst das Wort aller beygesetzt, als wolte man sagen, ein allgemeiner Dienst, oder das Wort Fron, welches nach Auslegung Besold. in tract. de trib. domest. Societ. specieb. fol. 32. n. 5. offentliche, und mehrern zugleich aufliegende Dienst anzeigt, wie auch Goldast. de rer. alleman. tom. 3. fol. 67. frohnen ausleget für solche Dienst, welche die Bauern ihren Herrn insgemein schuldig seynd. Mit disem kommt übereins unser Teutsches Wort, Scharwerck, als wolte man sagen, ein Werck von einer gantzen Schaar schuldig, und obwohlen der Adel vom Hertzog Albert auch dise Freyheit, so genannt wird die sechtzigiste Hand-Vest, erhalten hat, daß er nicht minder über seine da und dorten in denen Pflegschafften verstreute Unterthanen die niedere Gerichtbarkeit exercirn kan, als in ihren gantzen Hof-Marchen, wie wir anderstwo gesagt haben, welcher Jurisdiction auch die Forderung der Scharwerck anhanget, so ist doch das Wort Scharwerck auch bey abgesendeten einschichtigen Unterthanen verblieben, weilen dise Bauern-Dienst meistens insgemein verrichtet werden, also daß, wie wir noch ferners sehen werden, denen Herren verbotten ist, daß in diser oder jener Hof-March von einigen Unterthanen anstatt der Diensten nicht das Geld, von anderen aber die Dienst selbsten begehret werden därffen, aus Ursach, damit nicht einer von dem anderen beschwäret werde, welches geschehete, wann dem Vogt-Herrn frey stunde, nach empfangenen Geld, einige aus der Gemeind von denen Diensten zu befreyen, und diser ihren Theil auf die übrige, welche zu dienen schuldig verbleiben, zu überschieben.

Wovon wir werden mehrers sagen bey dem 8. Art. unsere Advocaten und Practici nennen dise Dienst auf Lateinisch Angarias. Und nicht unrecht, weilen Angaria in L. 2. Cod. de SS. Eccles. für offentliche und gemeinsame Dienst genommen wird, so wegen eines ausgekommenen 3.

nen Geschäfft, deme schnell begegnet werden muß, auferlegt werden. Und in L. 2. Cod. de quib. muner. &c. wird angaria genommen für Pferdt-Dienst, welche zu Kriegs-Zeiten nöthig seynd. Sihe den Schrad. in Lexic. jur. verb. angaria. wo das Wort Angaria auch die Dienst-Wägen in sich begreifft, gemeiniglich zeigt das Wort Angariara an, daß einer wider seinen Willen zum arbeiten und dienen genöthiget werde, welches sich auf unsere Bauern gar wohl schickt, welche zu Verrichtung dergleichen Dienst gezwungen werden müssen, wie Simon Cyreneus zu Tragung des Creutz des Herrn. Lese den Besold. in suo thes. pract. vers. angaria.

2. Wird gesagt, daß die Bauern-Dienst Angariæ seyen, welche der Bauer seinem Gerichts- oder Vogt-Herrn schuldig ist, es verificirt sich also durch dise Wort, was wir zu Eingang dises Tituls zum Fundament gesetzt haben, daß die Scharwerck eine Würckung und Effect der Gerichtlichen oder Vogteylichen Obrigkeit seyen: weilen aber die Jurisdiction dreyfach ist, wenigist nach Gewohnheit unsers Vatterlands, nemlich die hohe Territorial-Obrigkeit, unter welcher gemeiniglich die maleficische begriffen ist: die Bassa oder Media die Nieder-Gerichtbarkeit, welche in sich alle burgerliche Jurisdiction, und alle Händel begreifft, welche keine Leibs-Straff nach sich ziehen, wovon wir bey Auslegung der peynlichen Halß-Gerichts-Ordnung des Caroli V. reden werden, und die dritte einstens genannt Minima das Dorff-Gericht, dahero ist von jeder Gattung kürtzlich etwas zu sagen.

4. Was die Territorial-Jurisdiction anbetrifft, seynd alle Unterthanen, Bauern, und Burger, Adeliche Barones und Grafen, und andere privilegirte Personen, welche denen Land-Ständen einverleibt seyen, zu publicen Diensten, welche wegen offentlicher Nothdurfft und absonderlichen Kriegs-Anligenheiten zu Beschützung des Vatterlands erfordert werden, verbunden. Und dise seynd ja die vornehmste Angarien, weilen die Beschützung des Vatterlands allen Privat-Nothwendigkeiten weit vorzuziehen ist. Gemeiniglich werden sie bey uns genennet, die Lands-Fürstliche Scharwerck in gemeiner Lands-Noth. Die andere Jurisdiction, welche Bassa oder die Niedere genennt wird, ziehet nach sich die Scharwerck zur Nothdurfft für den Privat-Vogt-Herrn. Gleichwie nun eine Privat-Noth einer gemeinen Noth weichen muß, also auch, wann beyde zusammen kommen, ist nicht zu zweiffeln, daß des Lands-Fürsten Territorial-Gebühr vorgehe: dann es ist besser, daß einige, als eine gantze Gemeind Schaden leyden. Es ist bekant, daß der Durchlauchtigste Lands-Fürst Ferdinandus Maria mit seinen Unterthanen in seinen Land-Pflegen vor nicht vilen Jahren einen Vergleich gemacht, und die Angarien um ein gewisses jährlich bezahlendes Geld nachgelassen habe, bey welchem Vergleich ausdrucklich die schuldige Territorial-Scharwerck bey gemeiner Lands-Noth vorbehalten und ausgenommen worden, aus Ursach, weilen dise Unterthanen dem Lands-Fürsten auch mit der niederen Gerichtbarkeit unterworffen gewesen; gleichwie nun anderer Privat-Vogtey-Herren ihre Bedingnussen, wodurch sie ihren Unterthanen keine Freyheit zuleget, von denen Scharwerckern, welche sie in gemeiner Land-Noth zu verrichten schuldig seynd, sich zu entziehen, also auch hat solche Scharwerck ihme der Lands-Fürst billig vorbehalten können. Obwohlen sothaner Vergleich des Lands-Fürsten nicht geringe Beschwernussen nach sich gezogen hat, wovon wir an einem andern Orth reden werden.

Die dritte Gattung der Jurisdiction 5. welche gemeiniglich Minima die Dorffs-Gerechtigkeit genennet wird, hatte zerschiedene Form, Gestalt, und Figuren, nachdeme aber des Ottonis Privilegium, welches man nennet, die erste grosse Hand-Vest, hervorgekommen, so ist dise Jurisdictions-Gattung erloschen, wie das kleinere Liecht vom grösseren ausgelöscht wird. Eben jenes Guth, wo wir dises schreiben, hat vor altem, wie wir durch uralte Brieffschafften schier von 400. Jahren hero erweisen können, die Dorffs-Gerechtigkeit, oder das Dorff-Gericht gehabt, in Krafft dessen dem Innhaber desselben das Recht der Scharwerck nicht allein über seine eigene Gült-Unterthanen, sondern auch über die jenige, welche nacher Dachau zum Churfürstlichen Kasten-Amt gehöreten, zur Stunde, welches uns Glauben macht, daß die Scharwerck ein Effect und Würckung der Jurisdiction seyen. Aus denen Lehen-Bücheren des Churfürstlichen Lehen-Hoffs kan klar dargethan werden, daß die mehriste Adeliche und Freyherrliche Familien, welche von dem Ottonischen Privilegio die niedere Jurisdiction erworben haben, solche als ein Lehen erkennet haben, welche sie noch heut zu Tag als Lehen besitzen.

Einer aber aus denen fürnehmsten 6. Lands-Ständen, welcher alldort das Steuer-Rueder geführet hatte, da er sein dergleichen Lehen erkennete, hat mir in das Gesicht gesagt, daß er solches ohne Schuldigkeit und ohne Noth thue, weilen krafft des Ottonianischen Privilegii er nicht schul- dig

dig seye, die Jurisdiction mehr als ein Lehen zu erkennen; deme ich nachgehends eine Forcht eingejagt hab, entgegen setzend, daß ich disen Frevelhafften Ubermuth nicht auderst aufnehmen könne, als eine Verachtung des Herrn, und deßtwegen ihme die Investitur abschlagen müsse, welche er doch nach der Hand durch demüthiges bitten wieder erbettlet hat; aber fürwahr kan dises wunderlich angesehen werden, worumen die Adeliche, welche blosse Dorffs-Gericht, oder Dorffs-Gerechtigkeiten gehabt haben, sich von solcher entschittet, und anstatt derselben die niedrre Juritdiction erhalten haben, die übrige aber, welche die niedere Jurisdiction als ein Lehen inn haten, solche bis auf jetzige Zeiten schier wider auf 400. Jahr fortgesetzt haben? Uns kommt vor, es seye die Ursach, weilen vor altem die gröste Ehr gewesen, daß man eines mächtigen Fürsten Vasall seye, welche Meynung doch so verächtlich worden, daß inner 50. Jahren schier über 100. fürnehme Lehen zehlen kan, welche von der Lehen-Gerechtigkeit befreyet worden. Unter welchen auch jenes gewesen, wovon wir erst gemeldet haben, welches muthwillige Brogler inngehabt, und als frey ohne mein Wissen oder Rath, da doch Lehen-Probst ware, erhalten hat. Es ware sehr nutzlich, wann die vorige Decreta widerholet wurden, durch deren eines allen Räthen befohlen worden, daß sie zu Ertheilung der Edelmanns-Freyheit nicht einrathen sollen, und durch daß andere, daß sie den Lands-Fürsten zu Anlassung der Lehen auf keine Weiß einführen sollen. Dann jederman sihet, wie vil durch dergleichen Bettlereyen der Macht und Authorität des Lands-Fürsten abgedruckt werde.

7. Drittens wird bey der Beschreibung der Scharwercken gesagt, daß die Scharwerck denen Vogtey-Herren zu ihrer Leibs- und Hauß-Nothdurfft geleistet werden, aus welchen Worten erhellet, daß hier allein gehandlet werde von jenen Diensten, welche man schuldig ist in Ansehung der niederen Jurisdiction, welchen in nachfolgenden Gesätzen eine Maaß und Ordnung vorgeschrieben wird; ein anderes ist bey denen Diensten, welche dem Territorial-Herren von allen Unterthanen bey gemeiner Lands-Noth præstirt werden müssen, dann dise haben keine Maaß, sondern müssen nach Ermessigung der Nothdurfft verrichtet werden. Aber die in besagten Worten der Leibs- und Hauß-Nothdurfft entworffene Arth wie die Scharwerck zu gebrauchen, zeigt Sonnen-klar an, daß die Bauern ihren Herrn zum Wucher die Scharwerck zu leisten nicht verbunden seyen. Wir haben tägliche Exempel bey denen Hoff-Marcks-Herrn, welche Bräu-Häuser haben, und ihre Unterthanen nöthigen, daß sie das nöthige Holtz zum Bier-Sieden beyführen sollen, oder welche Mühlen haben, nnd denen Bauern aufbürden, daß sie die Gersten, welche sie zum Bier-Sieden nöthig haben, mit ihren Menetern von der Schrand zu ihren Mühlen, und von disen wieder zuruck zum Bräu-Hauß führen sollen: welche Fisch-Weyher haben, und die Bauern solche zu fischen und zu butzen anhalten, wegen welchen und anderen dergleichen Zumuthungen beständige Stritt entspringen: Wo wir notirt haben, daß diser Unterschied allzeit beobachtet werde, ob solche Gerechtigkeiten denen Herren allein zur Hauß-Nothdurfft, oder auch zum Gewinn und Wucher zuständig seyen? 8. In dem ersten Fall ist nicht zu zweiffeln, daß die Bauern-Dienst gefordert werden können, in dem anderen Fall aber, weilen die Scharwerck allein zu der Herren Hauß-Nothdurffts-Bestreittung, und nicht die Herrn darmit zu bereichen erfunden worden, wäre unsers Erachtens gar zu hart, die Bauern darzu anzuhalteu. Was nun die Bräu-Häusser anbelangt, erlauben unsere Bayerische Statuten in der Lands- und Pollicey-Ordnung des 3. Buchs 2. Tituls 4. Articuls einer jedwederen geistlich- oder weltlichen Privat-Person für sich sein Hauß-Gesind, Diener, und Ehehalten nach Gefallen Bier zu sieden, wie dann auch vile Edel-Leuth, welche ein offentliches Bräu-Hauß aufzurichten nicht berechtiget seynd, in ihren Privat-Schlössern sich einiger Kössel bedienen, worzu sie ohne Bedencken die Bauern zum Holtz- und Maltz-Führen antreiben können, weilen solche zur Hauß-Nothdurfft erforderlich seynd. Welche aber offentliche Bräu-Häusser haben, und berechtiget seynd, das Bier unter denen Reiffen zu verkauffen, und darmit Gewerbe zu treiben, dise müssen sich der Frohn-Dienst enthalten, ausser es wolte einer so Gewissenhafft seyn, der allein sich der Frohn-Dienst so weit sich die Hauß-Nothdurfft erstrecket, und so vil Bier man in das Hauß braucht, bedienen wolte, welche Hauß-Nothdurfft allein die Dienst rechtfertiget. Eben dises ist zu sagen von denen Mühlinen, dann es kan der Herr die Unterthaneu nicht nöthen, daß sie eben jenes durch die Scharwerck verrichten, was die Mühler in der Stadt München, und anderen Orthen zu thun pflegen, daß sie mit ihren Pferdten und Wägen denen Herren das Getreyd in- und aus der Mühl führen sollen, weilen dergleichen Mühlen die Herren nur zum Gewinn und Gewerb haben, nnd also nicht zu denen Frohn-Diensten gehörig seynd, gleichwie im Gegen-

genspiel, wann der Herr zur Nothdurfft für seine Famili sein eigenes Getreyd auf frembde etwann etliche Meil Weegs entlegene Mühlen überführen muß, er gantz billig sich der Bauern-Dienst bedienet. Dann dises stimmt ein mit unserer Definition und Description, daß dises die Leib- und Hauß-Nothdurfft erfordere, welche in unserem Vatterland die Richt-Schnur der Scharwercken seyn muß. Einen gleichen Unterschied haben wir in Semicent. nost. 1. controv. 33. unter denen Fisch-Weyern gemacht. Dann wann in grossen Weyern zum Gewinn und Gewerb Fisch gehalten werden, seynd selbe durch Fron-Dienst nicht zu fischen oder zu säuberen, ein anders ist, wann der Herr ein gewisses Orth hat, worein die Fisch zum täglichen Gebrauch aufbehalten werden. Dann bey Forderung dergleichen Diensten gehet allein jener sicher, derselbe nur zu seiner Leibs- und Hauß-Nothdurfft gebraucht, damit er nicht in eine schwehre Verantwortung verfalle. Brunnem. ad L. si libertas ff. de oper. libert. Wo er sagt, daß die übermäßig von denen Unterthanen erpreßte Scharwerck vile in die Höll schicken, weilen GOtt der Herr das Schreyen der Unterthanen erhört, und bey ihme kein Ansehen der Persohn ist.

9. Was anbetrifft, wie dise Dienst zu gebrauchen seyen, ist die andere Regul, daß sie nicht sollen übermäßig seyn. Diß aber ist zweyfach zu verstehen, das ist, so wohl an Seiten des Herrn, als auch an Seiten der Unterthanen. Das erste betreffend, haben wir einstens einen Casum gehabt, daß ein gantzes Kloster eine mittlere Hoff-March an sich gebracht, in dessen Nahmen von denen Unterthanen so vil Holtz-Fuhren gefordert worden, so vil für das gantze Kloster nöthig waren, wo doch zuvor der Hoffmarchs-Herr kaum das Drittel begehrte. Und fürwahr, daß dises unbillig seye, haben alle Hoff-Rath darfür gehalten, weilen das Recht eines Privaten auf eine gantze Communität nicht soll extendirt werden, und fürwahr, wir haben uns verwundert, daß die Religiosen das Wiederspiel so hartnäckig haben behaupten wollen. Wann also ein Kloster ein Hoffmarch kaufft, und ihme einbildete, daß dessen Unterthanen verbunden seyen, für das gantze Kloster alle Nothwendigkeiten zu verrichten, so fehlt es unsers Erachtens sehr weit, welches eine aus denen fürnehmsten Ursachen gewesen, daß in unserm Vatter-Land die Einhandlung adelicher Güther ohne Unterschied allen geistlichen und weltlichen Gemeinden verbotten wurde. Weilen dann gantz recht geurtheilet worden, daß für die Scharwerck von einer gantzen Communität mehrers nicht könne gefordert werden, als was der vorige Privat-Besitzer gefordert hat, so seynd wegen Ringerung solcher Dienst so vil Strittt-Händel entstanden, daß davon alle unsere Dicasterien überhäufft worden. Das andere betreffend, haben wir offt gesehen, daß in einer kleinen Hoff-March mehrere Dienst gefordert werden, als in einer grossen, welche offt die Helffte überstiegen haben, welches nicht mit unserer Definition oder Description übereinskommt, welche befiehlt, daß die Fron-Dienst eines jeden Leibs- und Hauß-Nothdurfft nach sollen gemessen werden. Weilen nun der Herr, der eine kleine Hoffmarch besitzt, und eine wenigere Hauß- und Leibs-Nothdurfft nöthig hat, als ein ander, der eine grössere Hoff-March und zahlreichere Famili hat, so ist ja nicht vernünfftig, wann der erste mit dem letzten eine gleiche Anzahl Fiehrten oder andern Diensten verlangen wollte. Dann die Maaß bestehet in deme, daß der Vogel nach dem Nest geurtheilet werden, und also müssen die Adeliche, die ein kleines Hauß-Wesen und Famili haben, ihre Hauß-Nothdurfft nicht über die Gebühr erstrecken, welches im Gegenspiel sehr offt geschicht, daß die Vogt-Herrn, je ärmer sie seynd, und kleinere Herrschafft haben, je grössere und schwehrere Dienst von denen Bauern erpressen. Von disem allem wird bey jedwederen Articul ein mehrers folgen, uns ist genug bey dem ersten Art. von der Definition der Scharwerck geredt und gesagt zu haben, daß die Maaß derselben nach des Vogt-Herrn Leib- und Hauß-Nothdurfft müsse genommen werden.

Viertens wird gefragt bey der Description, daß die Scharwerck von denen Unterthanen mit ihrem Vieh oder Leib verrichtet werden. 10. Seynd also die Fron-Dienst zweyfach, die Hand-Scharwerck, und die Roß oder Fuhr-Schwarwerck. Die Hand-Dienst seynd die schlechtere Unterthanen schuldig, welche keine Grund-Güther besitzen, und also keine Roß haben, und ihre Nahrung durch ihre Hand-Arbeit suchen, und deßwegen Tag-Löhner genennt werden, weilen sie um gewissen Tag-Lohn arbeiten. Die Roß- und Fuhr-Schatwerck müssen diejenige præstiren, die Feld-Bau, und darzu Pferd und Ochsen haben, und dise seynd schuldig auf Begehren des Herrn mit ihren Rossen und Ochsen zu erscheinen, und die Fuhren verrichten, welche er zur Leibs- und Hauß-Nothdurfft nöthig seynd, wovon noch mehrer folgen wird. Genug ist, hier mit wenig Worten die Definition oder Description erklären, und mit Meichsner decis. Camer. 5. tom. 2. fol. m. 88. & 280. erweisen, daß das Wort Frohnen und Scharwercken so wohl auf die Persohnen als auch Güther applicirt werde, und dahero die Güther genennt werden, Frohn-

Güther, Vogt oder Scharwercks-Güther, und die Bauern selbsten Frohn- oder Scharwercks-Bauerns-Frohn oder
11. Scharwercks-Söldner daß also füglich die Bauern-Dienst in Person al, und Real auch mixtirte Dienst können abgetheilt werden, aus doppelter Ursach, nehmlich wegen der Schuldigkeit, und wegen der Dienst selbsten, dann, wann du setzest, daß ich einen Unterthanen habe, der in meinem Dorff nichts als die blosse Wohnung innhat, und nichts eignes besitzt, so die leere Innhäußler genannt werden, ein solcher ist allein schuldig die Personal-Fron-Dienst zu verrichten, von darumen, weil er meiner Jurisdiction unterworffen ist; und dise Dienst sein Personal, weilen sie mit dem Leib verrichtet werden, und haben keine andere Schuldigkeit, als weilen er der Jurisdiction unterworffen ist. Eine grössere Schuldigkeit haben die Söldner, die eigne Häusser haben, und übrigens von der Hand-Arbeit, wie die Soldaten von ihren Monath-Sold leben. Und diser Söldner seynd zweyerley, dann einige werden genennt, die Leer-Häußler, als wolt man sagen Besitzer leerer Häusser, welche nichts als ein blosses zu Zeiten so zerrissnes Dach besitzen, daß sie in dem Bett liegend die Stern am Himmel betrachten können (wie mir einstens ein lustiger Auvogel erzehlt hat) andere besitzen neben einem Häußel auch ein oder anderes Grund-Stuck, womit sie wo nicht das gantze wenigiste das halbe Hauß-Weesen unterhalten, und diese werden genannt die Bau-Söldner, welche, wann sie keine Pferdt oder Ochsen halten, sondern ihre Grund-Stuck durch andere anbauen lassen, nichts als Hand-Scharwerck leisten, dise Dienst doch seynd nicht pur personal, weilen ihre Häußlen samt denen Grund-Stucken auch zu Frohn-Diensten verbunden seynd, welche wir gantz recht mixt oder vermischt nennen, und also seynd dergleichen Leuth wegen ihrer Persohn und ihrer Armuthey des Herrn Jurisdiction unterworffen, und zum dienen verbunden, und ihre Güther, so klein sie seyen, werden genennt, ein Frohn-Güthel, oder ein Frohn-Sölden. Mit dergleichen Leuthen entspringen meistens schwehrere Stritt-Händel, als mit denen Bauern, welche gantze Höff besitzen, weilen sie wider die Maaß der Diensten allzeit ihre Einwendungen machen, von darumen, weilen in unserem gantzen Titul von ihnen sonderheitlich nichts oder wenig enthalten ist; einige aus ihnen haben solche gute Söld-Güthel, daß sie auch 2. oder 3. Roß oder Ochsen mit Baynrung derselben belegen können, welche doch vom Roß und Fuhr-Scharwerck frey seyn, und allein die Hand-Scharwerck leisten wollen. Wir erinnern uns, daß wider sie gesprochen worden, aus der unsere Erachtens Fundamental-Ursach, daß sie als Söldner zur Hand- und als Besitzer ihrer Güther zur Vieh-Scharwercken, und also mixt nach Anzahl der Roß oder Ochsen gehalten seye. Bey unsern ausserordentlichen Anlagen, welche bey jetzigen harten Zeit ununterschiedlich angelegt werden, werden meistens 16. Söldner, welche nur ein Häußel ohne Grund-Güthel haben, einem Bauern der einen gantzen Hoff besitzt, und 8. Bau-Söldner, so Güthel zum Bauen haben, gleich gehalten, und belegt, welches ob recht geschehe, lassen wir auszusprechen anderen über. Dann es ist ohnmöglich, daß man bey dergleichen Anlagen die Geometrische Proportion so genau treffe, wie recht ist, wie wir kurtz hernach mehrers erfahren werden.

Nun die dritte Gattung die Real-Scharwerck betrifft die Bauern selbsten, die gantze oder halbe Höff haben, weilen sie in Ansehung solcher Güther zu der Roß-Scharwerck hauptsächlich wegen Schuldigkeit so denen Güthern anklebt, gehalten werden, welche Schuldigkeit sie so wohl wissen, daß sie bey denen leistenden Fuhren bey auf- oder abladen keine Hand anlegen, welches wir selbsten erfahren haben, bey Erbauung unsers Schlosses, wo wir allzeit Tag-Löhner bestellen müssen, welche die Hand-Arbeit verrichten, da der Bauer wie ein Herr auf dem Roß sitzen geblieben, und denen Tag-Löhnern spottweiß anbefohlen, wie sie die Fuhren befördern, beladen, oder abladen, diß oder jenes zuvor oder nachgehends thun, auf oder niederstellen sollen, als wann die Tag-Löhner von ihnen wären bestellt worden. 12.
Wir seynd lang angestanden, ob dise des Bauern Insolenz ein Fundament halte, also daß bey allen Scharwerck-Fuhren ihnen Tag-Löhner zum auf- und abladen müssen bestellt werden, da ihnen doch beym ackern, ögen, schneiden, und mehen der Aecker und Wiesen keine Gehülffen bestellet werden, sondern die hochmüthige Bauern selbsten die Händ am Pflug ögen und Sichel legen müssen. Weilen aber wir vernommen haben, daß an disen Orthen gebräuchig seye, daß denen Bauern, welche Fuhren leisten müssen, Gehülffen gegeben werden, so haben wir nichts entgen setzen wollen, obwohlen in der That ihre Dienst mixtirt seynd, weilen sie nirgends zu Bauung ihrer Felder Gehülffen bekommen, sondern sie selbst die Hand anlegen, daß also recht kan gesagt werden, daß sie mit ihrem Leib, und ihrem Vieh dienen müssen. An Orthen, wo die Bauern grössere und fruchtbahrere Güther haben, da erstrecken sie ihren Hochmuth noch weither. In eben dem Orth, wo wir dises schreiben, seynd einstens die Bauern bey mir als Hoffmarchs-Herrn erschienen, und haben 2. Hirthen für Roß und

Vieh

Vieh gedingt, wo einer aus ihnen recht insolent zu denen Hirten gesagt hat, ihr müßt wissen, daß wir Bauern Eure Herrn seyen, und dahero versprecht uns bey der Hand, daß ihr unsere Roß und Vieh mit grösten Fleiß hietten und weiden wollet, sonst soltet ihr wissen, in unsern Gewalt zu seyn, euch wieder weg zu keyen, über welche hoffärtige Wort haben wir sehr gelacht, und haben zum Trost der Hirten beygesetzt, daß auch in unsern Gewalt seye, sie weg zu keyen, weilen sie blosse veranleite Frey-Stifften, oder Herrn-Gunsten besitzen. Bey disen Scharwercken aber ist mehr auf die Gewohnheit jedes Orths, und Praxin, als auf die Spitz der Gesatz und Statuten zu sehen.

13. Fünfftens wird in unserer Description gesagt, daß die Scharwerck der Bauern mit oder ohne gewisse Maaß müssen verrichtet werden. Welche Wort einen in unsern Vatterland sehr bekannten Unterschied mit sich bringen, unter denen gemessenen und ungemessenen Scharwercken. Die gemessene werden genennt, welche eine gewisse vorgeschriebene Quantität haben entweders auf eine gewisse Zeit, oder gewisse Anzahl, oder gewisse Art. Dann es seynd einige Bauern welche die gröste Bauern-Höff besitzen, und vile Pferdt halten, und doch mit mehr als 2. oder 3 Roß zu dienen nicht verbunden seynd. Und es seynd einige, die mehr nicht dann gewisse Fuhren zu diser oder jener Zeit mit 3. oder 4. Pferdten verrichten müssen, und es giebt einige, die allein auf eine gewisse Art verbunden seynd, zum Exempel aus Oesterreich, Tyrol, oder Schwaben-Wein herzu führen, den Herrn und seine Famili zu gewissen Zeiten da oder dorthin zu führen, und was dergleichen Dienst mehr seynd, wovon meistens in denen Stifft-Brieffen Meldung geschicht. Ungemessene Dienst seynd, welchen keine Maaß oder Art vorgeschrieben ist, welche nach Willkuhr des Herrn und so offt verrichtet werden müssen, so offt sie gefordert werden. Ritter. de homag. cap. 7. n. 150. cum seq. Gail. de arrest. cap. 1. n. 2. & lib. 2. observ. 62. n. 11. Stephani de Jurisdict. lib. 2. part. 1. cap. 7. n. 165. wann nur eine Bescheidenheit beobachtet wird, wovon wir in nachfolgenden handlen werden. Dann es seynd dise ungemessene Dienst nicht also zu verstehen, als wann dem Herrn erlaubt wäre, seine Frohn-Dienst weiß nicht wie zu erstrecken, sondern daß die zu ungemessenen Diensten verbundene Bauern solche niemahlen verweigeren können, weder an disem oder jenem Tag, so offt es nöthig seyn wird, es mögen zu disem oder jenem Gebrauch, in diser oder jener Materi begehret werden, die Ermessigung diser Dienst stehet in des Herrn Willkur, doch also, daß besagter massen, solche Dienst des Herrn Leibs und Hauß-Nothdurfft erforderen, und die Quantität deren also gemässiget werde, damit die Unterthanen sich wegen des Excess nicht beschwären können, wovon wir in nachfolgenden mehrers sehen werden. Lese den Ziegler in §. nobiles. Conclus. 1. n. 56. & seqq. Sixtin. de Regal. cap. 13. n. 49.

Eine andere Definition kan der geneigte Leser finden bey D. Balthas. de oper. subdit. cap. 4. wo er in vilen von unserer Description abweichet dann er nennet die Scharwerck 1. ein Amt, wo sie doch vilmehr ein Dienst seynd, welches Wort generaler ist, als das Wort Amt; dann die Bauern seynd keine Beamte, sondern Dienst-Leuth. 2. Tägliches Amt, welches Wort auf die Hand-Dienst, und auf die Tag-Löhner, und nicht auf die Roß- und Vieh-Dienst kan applicirt werden: Dann eben darumen werden sie Tag-Löhner genennet, weilen sie ihre Dienst allein zu Tag verrichten, weilen nöthig ist, daß die Leuth von ihren Arbeiten abstehen, und zu Nachts ihre abgemattete Glieder in Schlaff ruhen lassen, Krafft dessen, was der heilige David singet in 104. Psalm. nach Aufgang der Sonnen wird der Mensch zu seiner Arbeit gehen biß zu Abend. Daß aber der Vogt-Herr zu seiner Leibs- und Hauß-Nothdurfft nicht auch zu Nacht die Scharwerck absonderlich die Roß- und Vieh-Arbeiten forderen könne, dises fürwahr wird nirgends gefunden, verbotten zu seyn. Solch beyde Wort schicken sich also zur Sach gar nicht. Die nachfolgende Wort, daß die Scharwerck ein mixtirtes ordinari und extraordinari-Amt seye, seynd eben so ungeschickt, weilen das Wort Amt ein Ehren-Verrichtung anzeigt, und das Wort Beschwärde sich auf die Bauern besser schickt; die Wort ordinari und extraordinari reimen sich auch hiehero nicht, ausser du woltest selbe auf die gemessene und ungemessene Dienst auslegen, wovon wir kurtz zuvor gesagt haben, welches aber von darumen nicht wohl lautet, weilen die gemessene und ungemessene ordinari und extraordinari Scharwerck können begehret werden, ausser wann man setzt, daß deren Leistung auf eine gewisse Zeit eingeschränckt seye. D. Balthasar setzet noch weiters bey, daß dises Amt oder Beschwärde in Krafft der niederen Gerichtbarkeit, oder in Krafft eines Pacts, oder Verjährung zustehe, welche Wort vil überflüssiges in sich enthalten, dann, ob- 14.

wohlen die Scharwerck eine Würckung der niederen Jurisdiction seynd, wie wir sattsam in vorhergehenden ausgelegt haben, so haben doch die Dienst, welche man Krafft eines Pacts præstiren muß, ein gantz andere Natur, und werden genennt Grund-Scharwerck, und werden unter die Vogtey-Scharwerck nicht gezehlet. Die Grund-Scharwerck kan ein jeder Grund-Herr, wann schon er nur ein Burger oder schlechte Person ist, wann er seinen Hof verstifftet, durch einen Pact vorbehalten, und von disen reden wir nicht, weilen sie ein Theil der Gült seynd, und mit denen Vogtey-Diensten keinen Theil haben. Wovon wir viles bey dem 9. Art. Vers. die Vogtey-Gülten Tit. 2. des Gant-Proceß gesagt haben. Eben dises ist zu reden von denen Scharwercken, welche durch Verjährung erworben worden, weilen sogleich dise Frag entspringet, ob die Verjährung unter dem Vorwand einer Grund-Herrlichkeit, oder unter dem Prætext der Jurisdiction geschehen seye? In dem ersten Fall haben die Grund-Sarchwerck abermahlen nichts gemeinsames mit denen Vogtey-Scharwercken, und in dem anderen Casu ist zu sagen, es seye so verjährt, so vil besessen worden, also daß der Vogt-Herr in Krafft der in disem Art. enthaltenen Reguln müsse geurtheilet werden, und die Scharwerck gemessen oder ungemessen fordern könne, wie er solche durch den Gebrauch, Observanz, und Verjährung erworben hat. Ubrigens sagt D. Balthas. gantz recht, daß die Bauern-Dienst zu einem Privat-Nutzen und Behelff angesehen seyn müssen. Wann man nemlich von denen Vogteylichen Diensten redet, nicht aber wann man von denen Gült-Scharwercken redet. Dann dise können gefordert werden, wann schon der Herr solche zu seiner Leibs- und Hauß-Nothdurfft nicht nöthig hat, weilen sie, wie wir gesagt haben, ein Theil der Gült seynd. Die Vogteyliche Dienst aber, wann der Herr selbe nicht nöthig hat, können weder gefordert, noch cedirt werden, weilen man solche nicht schuldig ist zu leisten, wanns der Herr zu seiner Leibs- und Hauß-Nothdurfft nicht nöthig hat. Welches ingleichem von denen gemessenen Scharwercken zu sagen ist; dann wann sie gemessene Vogtey-Scharwerck seynd, so werden sie auf die Leibs- und Hauß-Nothdurfft eingeschränckt. Wann die gemessene Dienst-Grund-Scharwerck seynd, so seynd sie des Grund-Herrns Willkur in Krafft des Gült-Rechts unterworffen.

Der anderte Articul.

Die Scharwerck ist eintweders gemessen, oder ungemessen, die gemessene ist wo ein Unterthan allein etliche Färthen oder Hand-Scharwercken in gewissen Verrichtungen, oder bestimmter Anzahl leisten muß, und ein mehrere nicht schuldig ist, ob gleich sein Herrschafft einer mehreren bedürfftig wäre, aber die ungemessene Scharwerck ist die Land-gebräuchige Scharwerch, die ein Unterthan seinem Gerichts- oder Vogt-Herrn, deme dann die Scharwerck gebühret, ohne gewisse Anzahl oder Außnahm, dem Lands-Gebrauch nach zu thun verpflicht ist, nachdeme etwann des Herrn Nothdurfft zu einer oder anderen Zeit mehrers oder minders erfordert. Und wiewohl dise ungemessene Scharwercken nicht könten gründlich oder vollkommentlich specificirt werden, so ist doch aus etlichen nachfolgenden Articuln zu vernehmen, welche Scharwercken für ungebräuchige Scharwercken zu halten.

Summarium.

1. Ob die Præsumption für den Herrn seye, so vil die ungemessene Scharwerck betrifft, also daß der Bauer die gemessene Scharwerck erweisen müsse?

1. Bey Auslegung der Wort mit- oder ohne Maaß haben wir gesagt, es seye eine doppelte Gattung der Scharwerck, eine, welche ohne Ausnahm oder Zahl, und die andere, welche mit einer Maaß und Zahl verrichtet wird. Die erste Gattung wird genannt ungemessene und ungesetzte Dienst, Frohn, oder Scharwerck, welche so offt im Jahr verrichtet werden müssen, als offt solche vom Herrn gefordert werden. Die andere Gattung wird genannt, eine gemessene und gesetzte Frohn

Frohn oder Scharwerck, das ist, wann die Dienst auf eine gewisse Zeit, Zahl, oder andere Umständ eingeschränckt seynd, wie die Wort des Articuls lauten: Die gemessene Dienst seynd, wann der Unterthan allein etliche Fuhren, oder Hand-Arbeiten an einem gewissen Werck, oder in gewisser Zahl verrichten muß, und zu mehreren nicht verbunden ist, wann schon mehrere dergleichen Verrichtungen nöthig häte. Ungemessene Dienst seynd, welche der Vogt oder Jurisdictions-Herr ohne Ausnahm, und ohne Anzahl nach Gewohnheit des Vatterlands, so offt es der Herr nöthig hat, für dise oder jene Zeit, mehr oder weniger fordern kan. Sonderheitlich aber ist aus disem Articul zu notiren, daß in Krafft der niederen Jurisdiction der Vogt-Herr daß in denen Rechten gegründete Fundament die ungemessene Frohn und Scharwerck zu begehren vor sich habe, und folglich, wann einer der Unterthanen sagen wolte, daß er nur auf gewisse und gemessene Dienst gehalten seye, er solches Rechts behörig erweisen muß. D. Balthas. in Differt. de operis subdit. cap. 12. vers. operæ indeterminatæ. Wo obwohlen er aus dem Klokio vol. 1. consil. 20. n. 23. anführet, daß dises beym Kayserlichen Revisions-Rath in Zweiffel gezogen worden seyen, weilen die gemessene Dienst leichter seynd, im Zweifel aber allezeit die Præsumptio für jenen, so weniger und leichter ist, so ist doch nach unseren Statuten gewiß, daß die Unterthanen, welche behaubten wollen, daß sie nur gemessene Dienst zu leisten schuldig seyen, dem Lands-Gebrauch nach solches probiren müssen. dict. Art. 1. dises Tituls. Wann nun dem Unterthanen die Prob auferlegt wird, welcher sagt, nur um gemessene Dienst gehalten zu seyn, so folgt nothwendig, daß die rechtliche Præsumption für den Herrn seye, der ungemessene Dienst verlangt. Die Ursach ist, weilen die Leibs-und Hauß-Nothdurfft die Ursach der Scharwerck ist. Gleichwie nun die Nothdurfft zweiffelhafftig, ungewiß und ungemessen ist, also auch gezimmet sich, daß auch die Dienst ungemessen seyn sollen, und dahero kommt es, daß unser Art. sagt, daß ein Unterthan dem Gerichts- oder Vogt-Herrn die ungemessene Scharwerck NB. dem Lands-Gebrauch nach zu leisten verpflicht. In welchen Worten der Art. supponirt, daß für den Gerichts-und Vogt-Herrn die rechtliche Supposition seye, die ungemessese Dienst begehren zu können, welche wann der Unterthan widerspricht, so muß er die gemessene Dienst erweisen, welches alsdann haubtsächlich Platz hat, wann in einer Gemeind oder Hoff-March auch die übrige Unterthanen ungemessene Dienst verrichten, alsdann, wann einer oder der andere das Widerspiel behaubten will, daß er nur gemessene Dienst zu verrichten schuldig seye, dises muß er mit augenscheinlichen Proben darthun, weilen eben darumen, weilen sie unter einem Gerichts- oder Vogt-Herrn stehen, auch darfür gehalten wird, daß sie gleiche Dienst zu verrichten schuldig seyen, wie in dem Sprich-Wort gesagt wird, gleiche Münch, gleiche Kappen.

Der dritte Articul.

Die gemessene Scharwerck würdet bewiesen, erstlich mit Brieff und Sieglen, als Kauff-Brieffen, Freyheiten, Verträgen, Recessen, und dergleichen, durch welche, wie Recht ist, mag bescheinet werden, daß ein Unterthan nicht mehrers dann ein gewisse gemessene Scharwerck schuldig, sein Brieff darumen verhanden, so ist zu Beweisung einer gemessenen Scharwerck nicht genug, daß ein Unterthan fürgebe, und darthue, daß er seiner Herrschafft zuvor wenigere und andere Scharwerck, als anjetzo von ihme begehret würdet, geleistet. Sondern er muß wie recht ist, so vil beweisen, daß aus allen Umständen und Beschaffenheit der Sachen genugsam könte geschlossen werden, daß der Unterthan mehrers nicht, dann ein gemessene Scharwerck schuldig, welches dann alles (weil die Umständ daraus ein gemessene Schwarwerck zu schliessen nicht alle mögen beschrieben werden) zu des Richters Ermessung und Erkanntnuß stehet.

Summaria.

1. Welchergestalten die gemessene Scharwerck erwiesen werden, und was die Stifft-Brieff dißfalls gelten?
2. Was die Kauff-Brieff gelten?
3. Was eine Freyheit gelte?

4. Was

4. Was Vergleichs- oder Spruch-Brieff für eine Krafft haben?
5. Ob auch durch Zeugen die gemessene Scharwerck erwiesen werden können? Und welcher Gestalten?
6. Ob durch aus denen Umständen entstehende *Præsumptiones*, oder durch die Widersprechung der Bauern und *Acquiescenz* des Herrns solche Dienst erwiesen werden können?

1. Weilen in vorhergehenden Art. gesagt worden, daß aus Gewohnheit des Vatterlands für den Herrn, der ungemessene Dienst forderet, die rechtliche Præsumption stehe, so wird jetzt in disem Art. gefragt, welchergestalten nun die gemessene Scharwerck erwiesen werden können und müssen? Und es antwortet der Art. solches könne geschehen durch briefliche Urkundten, und zwar die erste Frag ist, was dißfalls die Stifft-Brieff erweisen? Dise Frag nun aufzulösen, sagen wir standhafft, es seye ein Unterschied zu machen unter denen Stifft-Briefen, welche von denen Grund-Herren, so keine Jurisdiction haben, gegeben worden, und jenen, welche über solche Unterthanen die Jurisdiction haben. Was die Herren, so keine Jurisdiction haben, betrifft, ist kein Zweiffel, daß dergleichen Stifft-Brieff wegen denen Bauern-Scharwercken, wovon wir hier handlen, ledigen, keinen Beweiß machen; Zum Exempel, wann ein Burger, oder auch ein Prälat mit ihren Stifft-Brieffen probiren wollen, daß diser oder jener ihr Gült-Bauer mehr nicht als dise oder jene Frohn-Dienst schuldig seye, so stehen solche Brieff, so vil die Dienst betrifft, wovon wir hier handlen, welche man dem Gerichts- oder Vogt-Herrn schuldig ist, nicht im Weeg, und machen kein Præjudiz. Die Ursach ist, wie wir zuvor gesagt haben, weilen zweyfache Bauern-Dienst seynd, die Grund- und Vogt-Scharwercken, das ist, welche in Krafft der Gült-Gerechtigkeit, oder in Krafft der Vogtbarkeit verrichtet werden müssen. Wann nun zusetzest, daß in denen Stifft-Brieffen specificirter enthalten seye, daß der Bauer nur um dise oder jene gemessene Dienst, und um mehrer nicht gehalten seye, so können solche Brieff anderst nicht angesehen werden, als für Gült-Scharwercken, welche dem Vogt-Herrn kein Præjudiz verursachen können.

2. Ein schwerer Casus ist, wann der Grund-Herr auch Vogt-Herrlich ist, wie wir oben bey vorgehenden Titl von Adelichen gesagt haben, also daß dergleichen Stifft-Brieff nicht für blosse Gült-Brieff, sondern auch für einige von Gerichts-Herrschafft wegen errichtete Brieff gehalten werden müssen, dann, wann in solchen gesagt wird, daß der Unterthan dise oder jene gemessene Dienst verrichten müsse, so zweifflen wir kaum, daß nicht solche Brieff die Prob gemessener Dienst ausmachen. Ein anderes sageten wir villeicht in dem Fall (welcher sich zugetragen, dessen Verbscheidung wir nicht beygewohnet haben) da ein privilegirter Edelmann gewisse Gült-Bauern, welche zuvor einem der Jurisdiction unfähigen Herrn zugehöret haben, kauffete, welcher die vorige Stifft-Brieff unbedachtsam erneuert, und in selbe die gemessene Dienst entworffen hat, dann solche Dienst, welche vor disem dem der Jurisdiction unfähigen Grund-Herrn geleistet worden, seynd blosse Gült-Scharwercken. Es hinteret also nichts, daß nicht der neue Käuffer, der Jurisdiction fähig ist, auch die wegen der Vogtey gebührende Scharwerck und zwar ungemessen fordern könne, wie heut zu Tag noch gebräuchig ist; aber denen armen Bauern schwer genug, dann, da solche Bauern zuvor mit der Jurisdiction denen Land-Gerichteren unterworffen gewesen, da sie an solchen Orthen gelegen, wo dem Lands-Fürsten keine Gelegenheit ware, die Scharwerck zu forderen, haben die boßhaffte Privat-Herren die Bauern bey jedwederer Veränderung durch allzeit neu aufgebürdete Gült-Dienst also beladen, daß sie nach der Hand, da sie in privilegirte Händ verkaufft wurden, und wegen der Vogtey die gebührende Scharwercken darzu gekommen, gäntzlich unterliegen müssen. Zu jetziger Zeit, wo der Landes-Fürst die Scharwerck in ein jährliches gewisses Geld veränderet hat, hat sich einiges Mittel ergeben, jedoch seufftzen die arme Unterthanen unter dem Joch der Adelichen, da sie von Privat der Jurisdiction unfähigen Herrn erkaufft, schier um die Helffte mehr zum Scharwerck-Geld zu bezahlen, angehalten werden, als sie zuvor dem Lands-Fürsten præstirt haben.

Die andere Gattung, wie die gemessene Dienst zu erweisen seyen, setzt der Art. in den Kauff-Brieffen, wegen welcher Prob der vorige Unterschied zu widerholen ist; dann wann ein privilegirter Edelmann von einem anderen privilegirten Edelmann dergleichen Unterthanen gekaufft, und der Verkäuffer bekennt hat, daß bemeldte Unterthanen dise oder jene gemessene Scharwerck verrichten müssen, alsdann ist klar, daß ungemessene Dienst nicht können gefordert werden, weilen der Käuffer mehr Recht nicht hat erwerben können, als der Verkäuffer vor der Verkauffung 2.

ge-

gehabt hat. L. nemo potest. 55. ff. de R. J. cap. nemo. 79. de R. J. in. 6.to & cap. nuper X. de donat. inter vir. & ux. Wann aber der privilegirte Edelmann von einer der Jurisdiction unfähigen Privat-Person zum Exempel von einem Burger oder dergleichen solchen Unterthan kaufft, und in denen Verkauffs-Brieffen gesagt wird, daß er dise oder jene gemessene Dienst zu verrichten schuldig seye, dergleichen Dienst müssen für Gült-Scharwercken gehalten werden. Es hat also ein privilegirter Edelmann das Recht, neben denen in denen Kauffs-Brieffen enthaltenen Scharwercken, in Krafft der Jurisdiction, welche er über den Unterthan bekommt, auch die ungemessene Vogteyliche Schawerck zu forderen. Was ist aber Rechtens, wann die Bauern selbsten einander ihre Gült-Güther mit Wissen und Willen ihres Grund-Herrns verkaufft, und in die vor ordentlicher Obrigkeit errichtete Kauff-Brieff haben einfliessen lassen, sie allein zu dise oder jene Scharwerck gehalten seyen? Dises kan dem Vogtey-Herrn nicht præjudicirlich seyn. Zum Exempel, der Titius Burger zu München hat dem Sempronio seinem Mit-Burger einen Bauern-Hoff, der in der Pfleg Dachau gelegen ist, verkaufft, wo auch die Kauff-Brieff errichtet worden, in welchen der Titius bekennet, daß er dises Bauern-Hoffs halber niemahlen ungemessene Scharwerck verrichtet habe, und daß der Kastner zu Dachau, deme die Verrechnung der Frohn-Dienst oblieget, mehr nicht gewisse und gemessene Dienst gefordert habe. Præjudicirt wohl solche Bekanntnuß dem privilegirten Edelmann, der disen Hoff von disen Burgeren an sich gebracht, und hierdurch die Jurisdiction erworben hat? Und wir vermeynen, auf keine Weiß, weilen solche Bekanntnuß geschehen ist über eine Sach, welche zu den Kauffs-Contract nicht gehöret hat. Wann nun keine Verjährung darzu gekommen, so stehet dem privilegirten Edelmann als neuen Vogtey-Herrn frey, ungemessene Dienst zu forderen, weilen allzeit wegen der Unterthanen Schuldigkeit ungemessene Dienst zu leisten die Præsumption für den Vogt-Herrn ist, es verstehet auch unser Art. unter dem Wort: Kauff-Brieff solche Privat-Kauff-Brieff nicht, welche die Gült-Bauern selbsten, oder ihre der Jurisdiction unfähige Grund-Herrns zu Præjudiz des Vogt-Herrns untereinander übergeben, sondern, wann der Vogtey-Herr selbsten, der den Hoff verkaufft, und dem dritten einraumt, in denen Stifft-Brieffen bekennet, daß ihme der oder jener Unterthan, wegen welchen der Stritt ist, mehr nicht dann gewisse und ungemessene Dienst præstirt habe.

3. Die dritte Gattung der Prob setzt unser Art. in einem Privilegio oder ertheilter Freyheit. Dann es geschicht sehr offt, daß die Vogtey-Herren ihren Unterthanen wegen Wohlverhalten, die Gnad thun, daß sie nur etwelch wenige Scharwerck thun sollen, oder einen gewissen Hoff, der ihrer Jurisdiction unterworffen ist, einem Diener, der lieb und angenehm ist, anvertrauen, und ihme entweders alle Scharwerck nachlassen, oder nur wenige Dienst ihnen vorbehalten, welches wann der Besitzer erweisen kan, so kan er nach Innhalt solchen Privilegii sich solcher Freyheit bedienen. Wir haben gesagt, nach Innhalt des Privilegii, dann entweders ist solches realiter dem wohlverdienten für ihne und alle seine Nachkimmling, oder nur auf seine Person, so lang er lebt, gegeben worden? Im ersten Fall verbleibet die Freyheit, wann schon der Herr die Jurisdiction in einen anderen veräusseret; in dem anderen Fall aber erlöschet solche Freyheit durch den Todt des wohlverdienten, und der neue Nachfolger muß aufs neue ungemessene Dienst verrichten.

4. Die vierte Gattung der Prob wird gemacht mit denen Verträgen, dann es waren beständige Strittigkeiten unter denen Herren und Bauern wegen der Qualität und Quantität der Scharwercken, welche beyzulegen suchen unser Dicasterien gantz löbliche gütliche Vergleich zu treffen, welche, wann sie gut ausschlagen, und zu Pappier gebracht werden, wie es der 3. Art. 2. Tit. des Summarischen Process erfordert, so ist kein Zweifel, daß nicht solche bestens erweisen, ob die Dienst gemessen oder ungemessen, und welchergestalten beschaffen seyen. Eben dises ist zu sagen von denen Spruch-Brieffen; dann wann sich die Vergleich zerschlagen, weilen die Bauern sehr halsstärrig seynd, so ist kein anderer Weeg mehr übrig, als, daß der Stritt durch einen Obrigkeitlichen Spruch ausgemacht werde, über welchen die Bauern absonderlich, wann sie den Handel gewinnen, und wider die Herren eine Linderung erhalten, ihnen Brieff aufrichten lassen, wodurch ja die Qualität und Quantität der Scharwerck erwiesen wird.

5. Und obwohlen unser Art. von der Prob durch Zeugen nichts ausdruckliches verordnet, weilen jedoch die Prob durch briefliche Urkundten, und durch Zeugen eins ist, und sonsten die Freyheit der Prob-Führung favorabl und mehrers zu erweitern als einzuschräncken ist, so kan niemand zweifeln, daß nicht auch durch Zeu-

gen die gemessene und ungemessene Scharwerck erwisen werden können. Daß also in Abgang der briefflichen Urkundten, absonderlich wann die Instrumenta ohngefehr zu Grund gangen seynd, die Zeugschafften nicht zu verwerffen seynd. Lese, was wir bey dem 5. und 6. Art. 15. Titul der Land-Recht geschrieben haben. Dann wann nach verlohrnen Pfand-Brieffen, welche zur Substanz dises Contracts erfordert werden, durch Zeugen die Bedingung eines Pfands und Hypothec erwiesen werden kan, worumen nicht auch die Bedingung der Scharwercken? Weilen nirgend zu finden, statuirt zu seyn, daß zu dessen Gültigkeit die Aufrichtung der Briefffschafften nöthig seye, uns ist diser Casus begegnet, daß ein Bauer, bey welchem das Hochgewitter eingeschlagen, seine Briefffschafften verlohren, welcher, da er sagete, daß in seinen Stifft-Brieffen ausdrucklich enthalten gewesen, daß er allein um gemessene gewisse Scharwerck verbunden seye, haben wir die Zeugen-Führung frey zugelassen, aber, weilen die Zeugen nicht haben sagen können was für eigentliche Scharwerck in specie seyen, so haben ihre Zeugschafft für unzulauglich gehalten, in Krafft dessen, was wir kurtz zuvor bey dem 14. Art. 21. Tit. gesagt haben, daß nach verlohrnen Stifft-Brieffen der Bauer alle in selben enthaltene Bedingnussen specificè erweisen müsse. Dann es ist nicht genug, sagen, wir haben gehöret, daß der Titius allein um gemessene Scharwerck gehalten seye, wann sie nicht insonderheit beysetzen, dise oder jene. Wir jedoch haben uns aus Barmhertzigkeit auf einen neuen Vergleich eingelassen.

Dises haben wir mit diser Gelegenheit anerinnern wollen, daß obwohlen die alte Besitzer unsers Guths, die Hoff-Marchs-Jurisdiction nicht, sondern allein das Dorff-Gericht, oder die Dorffs-Gerechtigkeit gehabt haben, Krafft welcher sie über die Unterthanen keinen anderen Gerichts-Zwang gehabt, ausser wegen Uberackeren, Ubermehen 2c. dann die übrige Jurisdiction über die Personen gehörete dem Lands-Fürsten und dessen Land-Gericht zu, jedoch dem Dorffs-Gericht das Recht ungemessene Dienst zu forderen, angeklebet gewesen, auch bey zwey in disem Dorff angesessenen Bauern welche mit Stifft und Gült nicht dem Dorffs-Herrn, sondern dem Lands-Fürsten zugehöreten. Aus welchem klar erhellet, daß das Scharwercks-Recht vor altem nicht allein von der niederen, sondern auch von dem Dorffs-Gericht abgehangen; ob noch mehr dergleichen Herrschafften in unserem Land gebe, wissen wir nicht, wenigist ist dises Recht in unserem Dorff verblieben, biß vor 16. Jahren solches durch Kauff in unsere Händ gekommen, und aus Gnaden des Lands-Fürsten wir das Hoff-Marcks-Recht erhalten haben.

Nun wider auf die vorige Frag zu kommen, wie dann bey Ermanglung der briefflichen Urkundten die gemessene Scharwerck zu erweisen seyen, sagt unser Art. es seye nicht genug, daß der Unterthan erweise, daß er seinem Herrn vor disem andere Dienst, oder wenigere præstirt habe, als jetzt begehret werden. Aus Ursach, weilen wie wir gesagt haben, die Scharwerck abgemessen werden, nach des Herrn Leibs- und Hauß-Nothdurfft. Gleichwie nun die Nothdurfft in disem oder jenem Jahr grösser oder kleiner seyn, und der Herren zu seiner Nothdurfft jetzt diser, und ein andersmahl diser Dienst nöthig haben kan, also auch bringt keine gemessene Dienst mit sich, wann gesagt wird, daß vor disem nur gewisse specificirte Dienst præstirt worden, wann schon solche Leistungen auch vile Jahr gleich geschehen, weilen auch vile Jahr des Herrn Nothdurfft hat gleich seyn können.

Der Art. setzet bey, wann nicht das Widerspiel aus denen Umständen des Handels augenscheinlich erhellet, welches der Erkanntnuß und Ermässigung des Richters überlassen wird. Dann was ist Rechtens, wann der Vogtey-Herr vile Jahr nur gewisse und gemessene Dienst alle Jahr gleich geforderet hat, nachgehends aber neue und etwann auch mehrere und schwerere forderet, und die Unterthanen solchen nicht leisten wollen, und der Herr hierzu schweiget? Fürwahr durch eine solche Weigerung, und des Herrn Stillschweigen und Gedult werden die Unterthanen in den Stand der quasi Possession und Præscription gesetzt, und wann hierzu 30. oder 40. Jahr verstrichen, so erwerben sie das Recht nur gemessene Dienst zu leisten, wie die Rechts-Gelehrte bey dem 1. Tit. 2. §. de rerum divis. Wesenbec. n. 14. ff. de Jurisdict. Idem. n. 10. & 14. ff. de usurpat. & usucap. Mynsing. §. quædam actiones. n. 19. Instit. de action. wo sie gemeiniglich bey denen Actibus meræ Facultatis die Verjährung zulassen, durch eines Theils Widerspruch, und des anderen Stillschweigung. Ja, weilen unser Art. diß Orths von der Verjährung nicht, sondern allein von der Prob durch die aus denen Umständen entspringende Muthmassungen, und andere Anzeigungen handle, so vernehmen wir, daß wir nicht fehlen, wann wir sagen, 6.

gen, daß man, wann der Vogt-Herr dem Widerspruch der Unterthanen lange Zeit nachgesehen, für die gemessene Dienst sprechen müsse, wann schon die Zeit 30. oder 40. Jahren nicht erfüllet worden. Aus Ursach weilen ein sehr starcke Præsumption aus solchem nachsehen, so nur 10. oder 20. Jahr gedauert, wider den Herrn entspringt.

Dann, weilen in dem Fall, da neue Dienst gefordert werden, gemuthmasset wird, der Herr habe solche nöthig gehabt, so sehen wir nicht, wann der Herr denen Bauern hat nachgegeben, was anders præsumirt werden könne, als daß er der Bauern Recht erkennt, und freywillig seine Forderung nachgelassen habe?

Der vierte Articul.

Ein jeder welcher bißhero ein Hoff-Bau gehabt, der mag bey dem Gebrauch und Ordnung, welche er darinnen der Scharwerck halben, ohne Stritt und Irrung gehalten, noch wohl verbleiben, doch weil sich deßhalben offt Irrung zu tragen, stehet einem jeden Hoffmarchs-Herrn bevor, er habe gleich zuvor einen Hoff-Bau groß oder klein: oder gar keinen gehabt, die folgende Ordnung fürzunehmen, und den Hoff-Bau also anzustellen. Nehmlich daß ein jeder Mayer der einen gantzen Hoff hat, ihme jedes Jahrs zwey Juch Ackers im Winterigen, und zwey Juch im Summerigen, aber ein Hueber halb so vil, und vier Lehner so vil als ein Bauer, der einen gantzen Hoff hat, mit aller Feld-Arbeit, als Ackern, Egen, und was sonsten zu Erbauung des Treyds zu Feld nothwendig ist, bauen solle. So vil aber anlangt die Einführung des Getreyds und Heuets, soll ein jede Herrschafft solche Arbeit auch also anstellen, und austheilen, daß zwischen den Unterthanen kein sondere Ungleichheit seye, und mit diser Ordnung mag alsdann ein jeder Hoffmarchs-Herr, einen grossen oder kleinen Hoff-Bau, wann er zuvor gleich keinen gehabt hätte, wohl anstellen, nach seiner Gelegenheit, doch daß er keinen über gedachte Anzahl zu hart beschwehre, und die Unterthanen mit den anderen Lands-Gebräuchigen Scharwercken also halte, daß sie dannoch ihrer und der ihrigen Nahrung auch nachkommen und abwarten künten.

Summaria.

1. Wie vil bey einem Hoff-Bau oder Sedel-Hoff die Unterthanen anzubauen schuldig seyen?
2. Was Rechtens, wann des Herrn Sedel-Hoff so groß ist, daß alle Unterthanen solchen zu bauen nicht erklecken?
3. Ob, wann schon die Bauern-Güther ungleich seynd, doch die Bauern gleiche Dienst leisten müssen?
4. Was von denen Lehnern zu sagen, welche keine Pferd haben?
5. Von Ausmessung der Aecker, und wie vil Juchert einen Sedel-Hoff ausmachen?
6. Wann der Herr keinen Sedel-Hoff hat, ob er einen solchen auch *Privat*-Güthern aufrichten könne?
7. Was Rechtens, wann die Bauern sich der Aufrichtung eines Sedel-Hoffs wiedersetzen, der Herr aber nachgiebt, ob durch die Verjährung dem Herrn einen solchen Sedel-Hoff aufzurichten benommen seye?
8. Ob unter solche Dienst nicht allein das Ackern, Egen, und Säen, sondern auch die Tung, Heu und Getreyd-Fuhren enthalten seye?
9. Ob auch darunter begriffen das Schneiden, Meben, und Früchten einsammlen?
10. Was für eine Gleichheit bey Leistung der Scharwerck zu beobachten?
11. Welche Scharwerck der Bauern für übermäßig erachtet werden?

1. Um disen Art. zu verstehen, ist zu wissen, daß meistens die Hoffmarchs-Herrn, wie die Kirchen und Pfarrer, von welchen wir oben geredt haben, eigne Höff haben, auf welche sie Vermuthungs weiß einen eignen Bau-Meister, der eine gantze Familie führt, zu Unterhaltung allerhand Vieh setzen, um mit denen Früchten und Vieh einen Gewinn zu machen. Dise Höff werden gemeiniglich die Sedel-Höff und die Bau-Meister die Sedel-Bauern genennt; Nun waren unter denen Herren und Bauern wegen solchen Bau-Scharwercken beständige Strittigkeiten, nicht zwar um die Frag, ob die Unterthanen solche Grund-Stuck zu äckern, zu egen, und zu besamen schuldig seyen: Dann es zweifelt niemand, daß dises die Haupt-Würckung der ungemessenen Scharwerck seye, sondern wegen deme, was sie zu äckern und zu egen rc. haben, die

Herrn verlangt, daß in ihrem Gewalt stehe, so offt die Unterthanen zum anbauen begehren zu können, als offt es die Nothdurfft erfordert. Wo entgegen die Bauern einwendeten, daß ihnen durch der Herrn Strengheit die Gelegenheit benommen werde, die eigne Güther zu bemayern, dem Grund-Herrn die Gült zu liefferen, und sich und ihre Weib und Kind zu ernähren, dahero ist in disem Art. eine gewisse Maaß vorgeschrieben worden, mit welcher der Vogt-Herr bey Bemayrung seines Hoffs, oder Sedel-Baus zu frieden seyn muß, welche in zweyen Stucken bestehet. Erstlich damit ein Unterschied gemacht werde, unter denen Unterthanen, die gantze Höff besitzen, und unter denen Hüblern, die Hueben, oder blosse halbe Höff haben, dann wann schon eine Hueb bey denen alten Teutschen eben so vil als ein Hoff gewesen, so zeigt doch eine Hueb nach Gewohnheit unsers Vatterlands allein einen halben Hoff, und ein Hübler einen halben Bauern an, und endlich unter denen Lehnern, welche allein nur einen Viertel Hoff haben, und Lehner genannt werden, als wolte man gleichsam sagen, die nur einen Viertel Hoff innhaben oder deme nur der vierte Theil verliehen, oder verlehnt worden. Die wahre Bauern nun, denen ein gantzer Hoff verliehen ist, seynd verbunden vier Juchart am Sedel-Hoff zwey Juchart in das Wintrige, und zwey Juchart in das Sommerige, und also nach Proportion ein Hübler zwey Juchart, eine am Wintrigen, und die andere am Sommerigen, und endlich ein Lehner ein halbes Juchart am Winterigen, und ein halbes am Sommerigen; und so vil und nicht mehrer anzubauen am Sedel-Hoff seynd dise Unterthanen verbunden. Aus welchem folget

2. Erstlich, daß, wann der Sedel-Hoff so groß ist, daß solchen zu bemayern die Anzahl der Unterhanen nicht erkleckt, solchen Abgang der Herr mit seinen Bedienten ersetzen, oder andere Tag-Löhner darzu bestellen müsse.

3. Was ist aber Rechtens, wann 2. der Bauern ihre Höff nicht gleich seynd, wie in der That unter solchen Höffen der gröste Unterschied ist, daß sie weder in der Güte noch in der Zahl der Grund-Stucken ein ander gleich? Antwort, daß auf solche Ungleichheit nicht gesehen werde, sondern, wie fast im gantzen Land beobachtet wird, die Höff, wann sie schon sehr ungleich seynd, bey dergleichen Beschwerden und andern offentlichen Anlagen gleich angelegt werden, weilen unmöglich ist, dißfalls eine genauiste Gleichheit einzuführen, die also gemeiniglich für gantze Bauern gehalten werden, die müssen auch die vollständige Scharwerck leisten, ohne das auf die Güte, oder Werth des Hoffs, oder Anzahl der Aecker gesehen werde, welches auch bey denen Hübleren und Lehneren Platz hat. Dann niemand wird einen so genauen Feldmesser, wie Euclides gewesen, finden, der, wann er sich auch der Jüdischen Brühen bedienen will, solche Gründ in eine arithmetische Gleichheit herstellet.

Drittens aber wirst du fragen, was zu sagen seye von jenen, welche weniger, als einen vierten Theil eines Hoffs besitzen? und wir antworten, daß in mehreren Orthen verbotten seye, daß keine gantze Höff in wenigere als 4. Theil zerrissen werden sollen. Wehner. in observ. pract. vers. Hueb. Worauf daß unser Gesatz-Geber gesehen habe, anscheinet, weilen in dem 8. Art. 4. lib. 12. Tit. der Lands- und Pollicey-Ordnung, dergleichen Zertrimmerung scharff verbotten, und in disem Art. allein denen Lehneren das ist, welche nur den vierten Theil eines Hoffs besitzen, die Bau-Scharwerck aufgebürdet hat, villeicht aus der Ursach, weilen die Söldner, welche weniger als einen Viertel-Hoff, und etwan nur ein oder anderen Acker oder Bainth besitzen, gemeiniglich keine Pferd oder Ochsen haben, sondern ihre Grund-Stuck andern Gegen-Bezahlung zum anbauen anvertrauen, und übrigens Hand-Scharwerck leisten. Jedoch wann du setzest einen solchen Söldner, der mehrer dergleichen Güthle hat, und zu deren Bemayrung zwey Ochsen oder Pferd haltet, so zweiflen wir nicht, daß ein solcher auch zur Vieh-Scharwerck gehalten seye, gleichwie wann einer mehr als einen Viertel Hoff, zum Exempel 2. Drittel eines gantzen Hoffs besitzet, und zu deren Bemayrung mehrer Pferd nöthig hat, als ein Söldner, der muß auch grössere Scharwerck als ein Söldner leisten, præstire. In disem allen doch ist der Orthen Gewohnheit zu beobachten; Dann wir wissen, daß es mehrere Söldner und Hübler gebe, deren Feld-Güther so weitschichtig seynd, daß sie fast einen gantzen, oder halben Hoff ausmachen, nirgends doch mehrere Scharwerck verrichtet werden, als wie vil nach Verordnung dises Art. von einem halben oder Viertel-Hoff zu præstiren seynd, wir erinnern uns, daß einstens sich eine gantze Gemeind auf eine Ausmessung der Aecker bezogen habe, welche sich beschwehrete, daß von ihrem Herrn ihre Hueben für gantze Höff gehalten werden, wo sie doch so vil Grund kaum haben, so vil zu einer Hueb nöthig ist, der Hoff-Rath hat zwar eingewilliget, aber, weilen man keinen erfahrnen Feld-Messer gefunden, und noch darüber ein Zweifel entstanden, wie vil Juchert ein gantzer Hoff in sich enthalten solle, so ist die Sach unterblieben, diß doch wollen wir noch anmercken, daß mehrere Hoff-Räth darfür gehalten, daß ein gantzer Hoff in die 3. Felder wenigist 12. Juchert in sich haben müsse. Aus welchem

chem abermahlen ein grosser Unterschied erhellet, weilen wir selbsten bey Ausmessung der unsern Unterthanen zu gehörigen Aecker ein und andern Bauern gefunden haben, daß in die 3. Felder 16. Juchart, andere aber kaum 10. Juchart besessen habe, wo doch alle bißhero gleiche Scharwerck verrichtet haben. Man muß also bey der gemeinen Observanz verbleiben, weilen, wie wir gesagt haben, so genaue Gleichheit einzuführen kaum möglich ist.

6. Und diß ist der 4te hauptsächliche Theil der ungemessenen Scharwerck, der so befreyet ist, daß einem jedem Gerichts-Herrn frey stehet, wann er bißhero keinen Herrn-oder Sedel-Hoff gehabt hat, einen solchen mit Privat-Grund-Stucken aufzurichten, oder, welches öffters geschicht, einen Hoff, der ihme heimgefallen, oder, wann einer ein blosser Herrn-Günstler ist, eingelößt worden, zu einem Bau-Hoff zu machen, und die Bauern solchen nach der in disem Art. vorgeschriebnen Proportion zu bemayern, anzuhalten. Die Wort des Articuls seynd klar genug: und mit diser Ordnung mag alsdann ein jeder Hoffmarchs-Herr einen grossen oder kleinen Hoff-Bau, wann er zuvor keinen gehabt hätte, wohl anstellen nach seiner Gelegenheit. Aus Ursach, weilen wegen diser Ursach allein, daß zuvor die Scharwerck zu Bemayrung der Aecker nicht begehrt worden, der Herr sein Recht nicht verlohren hat, weilen er keinen Herrn-Hoff, und also keine Gelegenheit die Scharwerck zu gebrauchen gehabt hat.

7. Was ist aber Rechtens, wann 5tens der Herr vor disem einen Sedel-Hoff aufstellen wollen, die Unterthanen aber sich wiedersetzt haben, und der Herr solcher Wiedersetzung nachgegeben hat, ist wohl dem Herrn durch die Verjährung dises Recht, einen neuen Herrn-Hoff aufzurichten, benommen? Dises gründlich aufzulesen, ist vorzusetzen, daß von der Zeit an, da unsere Land-Recht errichtet worden, schon 74. Jahr verstrichen; Wir haben aber oben schon gesagt, daß bey dergleichen Rechten, welche willkührlich seynd, die Verjährung Platz habe, wann 30. oder 40. Jahr verstrichen seynd, weilen eines Theils Wiedersetzung und des andern Nachgeben an statt der Possession ist, mit welcher in der vorgeschriebnen Zeit die Præscription kan erfüllet werden; Wir sagen also, daß, wann solche Præscription erfüllet ist, dem Herrn das Recht einen Herrn-Hoff aufzurichten hierdurch benommen worden seye.

Wann aber 6. der Anfang der quasi possession vor Errichtung unserer Land-Recht gemacht worden, so vermeynen wir, daß ein solche Præscription unnutzlich seye; damit die Sach klärer verstanden werde, setzen wir ein Exempel; Im 1601ten Jahr hat ein Hoffmarchs-Herr einen eignen Hoff-Bau aufgericht, und von seinen Unterthanen um solchen zu bemayern Frohn-Dienst oder Scharwerck begehrt, nachdeme aber solche die Unterthanen wiedersprochen, so habe der es dabey bewenden lasseu. Im 1631ten Jahr, das ist 30. Jahr nach denen publicirten Land-Rechten richtet der Herr aufs neue einen Hoff-Bau auf, und begehrt von seinen Unterthanen in Krafft dises Art. die Scharwerck, welche dieselbe abschlagen, unter dem Vorrwand, daß sie solche schon vor 30. Jahren geweigert haben, der Herr auch darauf geschwiegen, und geruhet habe, fürwahr kommt für gewiß vor, daß dise vorgewendte Præscription unstuckhaltig seye. Dann Krafft der nachgefolgten Land-Recht ist der Anhang der quasi possession aufgehoben, nnd die Præscription zernichtet worden.

Eine schwehrere Frag ist 7. wann du setzest, daß die Unterthanen diß oder jenes Orths schon vor errichteten unsern Bayrischen Statuten die Freyheit, den Hoff-Bau nicht versehen zu derffen entweders durch Rechts behörige Præscription, oder durch rechtmäßigen Titul, oder durch erhaltnen richterlichen Spruch erhalten haben, ob durch Verordnung dises Art. die vorige rechtmäßig erworbene Recht aufgehoben worden? Und wir antworten lediglich mit Nein, dann die Gesatz werden für das künfftige, nicht aber für das verflossene gemacht. L. Leges 7. Cod. de Legib. Gail. 2. obser. 9. n. 3. und geben Form und Gestalt denen sich ereignenden, nicht aber schon vollbrachten Geschäfften. cap. cognoscentes. 2. X. de constit. cap. quoniam X. eod. L. ult. in fin. Cod. de locat. Wesenbec. ad tit. de Leg. n. 4. Und obwohlen andere disen Absatz machen, wann nicht in dem neuen Gesatz ein anders verordnet worden, Krafft des L. sancimus 21. §. fin. Cod. de SS. Eccles. So ist doch im Gegenspihl gewiß, daß niemahlen darfür gehalten wird, des Lands-Fürsten Willen zu seyn, daß er durch das neue Gesatz denen vollbrachten Causis einen Abbruch zu thun, und daß vom andern erhaltne Recht abzunehmen, weilen seines Amts ist, bey Aufrichtung eines neuen Rechts sich nach der Schnur der Gerechtigkeit zu verhalten, und die Recht der Untergebnen ohnbekränckt zu erhalten, und nicht umzustossen. Lese, was wir bey dem 3. Art. 1. Tit. des Gandt-Process gesagt haben.

Wir haben zwar 8. gesagt, daß zu denen Scharwercken um den Hoff-Bau zu bemayern hauptsächlich 3. Stuck gehören, 8.
das ist, das Ackern, Egen, und Säen, weilen jedoch unser Art. anzeigen thut, daß auch die Getreyd-Fuhren in die Städel, und die

die Tung-Fuhren auf die Aecker von denen zum Hoff-Bau schuldigen Scharwercken abhangen, so ist nicht erlaubt, dise Schuldigkeit allein auf das Aeckern, Egen, und Säen einzuschräncken, unter dessen doch ist der tägliche Gebrauch, daß die Unterthanen nicht allein auf jene Jucherten dergleichen Fuhren zu thuen angehalten werden, welche ihnen in disem Art. zu bemayern vorgeschrieben werden, sondern, wann die Zeit der Ernd, und den Tung auszuführen verhanden ist, da werden alle Unterthanen zugleich beruffen, und müssen ohne Respect zu disem oder jenem Acker, oder Grund, welcher von disem oder jenem Bauern angebauet, oder angebauet zu werden gepflegt wird, zugleich gebraucht, biß das Getreyd völlig eingeführt, und der Tung ausgeführt worden ist; Daß also dergleichen Fuhren in der That kein Theil seynd der Frohn-Diensten, welche zu Bemayrung des Hoff-Baus gehören, sondern anderer Frohn-Diensten, welche ausser des Hoff-Baus, zur Hauß-Nothdurfft dem Herrn müssen geleistet werden, welches aus unserem Art. klar entnommen wird, weilen er auch von den Heuet-Fuhren redet, dann die Heuet-Fuhren mit Bemayrung der Aecker nichts gemeinschäfftliches oder einen Antheil haben, also haben auch nichts gemeinschäfftliches die Getreyd- oder Tung-Fuhren auf die Aecker oder in die Städel.

Dises aber folget 9. daß die Frohn-Dienst die Getreyder in die Städel, und den Tung auf die Aecker zu führen, gewohnliche Bauern Frohn-Dienst seyen, welche ohne Wiederred von denen Unterthanen, welche zu uneingeschränckten Frohn-Diensten gehalten seynd, verrichtet werden müssen.

9. Ein anderes ist 10. zu sagen von Einschneidung der Früchten, und derselben Bindung in die Garben, dann dise Dienst werden durch die Tag-Löhner oder des Herrn Hauß-Bedienten verrichtet, daß also, wann an einem Orth gewohnlich gewesen, daß die Bauern schuldig seye die Früchten zu schneiden und zu sammlen, solches unter die ungewohnlichen Frohn-Dienst zu zehlen seye, wovon wir kurtz hernach reden werden.

10. Gleichwie aber 11. sich bey denen von denen Bauern verrichtenden Scharwercken geziemt, daß eine Gleichheit beobachtet werde, damit nicht einer vor dem andern beschwehrt werde, also ist solches hauptsächlich zu beobachten bey dergleichen Fuhren zur Zeit der Ernd, wann Regen oder Ungewitter sich ergiebt, wo gar offt die Herrn jene zum Frohnen anhalten, welchen sie feind seynd, damit, da andere ihre Früchten dem Ungewitter entziehen, solch arme Leuth ihre Früchten zum Auswachsen oder zum verfaulen liegen lassen müssen, welches Unrecht, und unserem Articul zuwider ist.

Doch 12. ist zu mercken das Wort, daß kein NB. sondere Ungleichheit seye. Dann dergleichen Bauern kommt alles verdächtig vor, und haben ihre Klagen, meistens ohne Fundament und Ursach, da sie vermeynen, sie seyen mehrers beschwehrt, als ihre Nachbarn, wo doch entzwischen ohnmöglich ist, daß besagter massen eine ausfindliche arithmethische Gleichheit könne beobachtet werden. Dahero das Wort sondere einen merckwürdigen Excess ausweiset, ohne welchen der Richter nicht nöthig hat, sich so leicht der Sachen anzunehmen, damit nicht sonsten Stritt erweckt, und ohnzahlbar vermehrt werde.

Letztlich wird eine allgemeine Regul gesetzt, daß die Bauern mit denen ungemessenen Frohn-Diensten also zu tractiren seyen, damit sie doch ihrer und der ihrigen Nahrungs-Unterhalt abwarthen, und ihrem Feld-Bau mit äckern schneiden, einführen, auch anderen Hauß-Nothdurfften vorstehen können, welches der Christlichen Liebe ähnlich ist, dann unsere Bauern seynd freye Leuth, und keiner Dienstbarkeit oder Servitut unterworffen, und also nicht auf Böhmische Arth zu tractiren, und auf das Bluth auszusaugen. Dann gar offt die Herrn von denen Bauern nach ihren Muthwillen mit allem Gewalt die Frohn-Dienst begehren, und zwar so offt wiederholter massen, daß sie durch die gantze Wochen abgemattet, und sie nicht mahlen an Sonn- und Feyertägen verschont werden, an welchen, obwohlen das Vieh ruhen kan, die Bauern doch Bothen abzugeben genöthiget werden. Wieder welche Herrschafften sehr schwehr herausrucket. Gail. lib. 1. observ. 17. n. 12. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 9. n. 68. Scheff. lib. 3. quæst. 45. n. 2. & multis seqq. Græv. ad Gail. loc. cit. concl. 17. Ziegler §. nobiles conclus. 1. n. 120. und dises Puncten halber seynd so wohl die hohe als auch niedere Dicasterien mit der Bauern, welche sich wegen der forderenden übermäßigen Frohn-Diensten beschwehren, Stritt-Händel überhäufft, weilen bißhero keine zulängliche Regul oder Richtschnur über Schöpffung der Frohn-Dienst hat können erfunden werden: Wir wissen zwar, daß einige der Meynung seyen, daß der Herr in der Quantität keinen Excess mache, der von einem Unterthanen, Vieh, oder Hand-Scharwerck alle Wochen einmahl einen Tag lang, und also in einem Jahr über 50. mahl verlangt, weilen noch alle Wochen 5. Täg übrig seynd, welche die Unterthanen zu eigner Nothdurfft anwenden können, welches auch uns menschlich zu seyn vorkommt, wann jedoch dem Herrn eine solche Noth zu stosset, weßwegen er in ein oder andern Jahr, mehrere Dienst begehrt, so vermeynen 11.

vermeynen wir, daß er auf dise Anzahl so sehr nicht angebunden seye, weilen eben darumen die Frohn-Dienst ungemessen genennet werden, weilen sie auf keine gewisse Anzahl eingeschränckt seyn. Es ist solchemnach alles dem Richterlichen Spruch zu unterwerffen, welcher denen gar zu hart greiffenden Herren einen Zaum anlegen, und denen zu hart gepresten Unterthanen unter die Arm greiffen, und im Gegenspiel die Bauern, welche hartnäckig und boßhafft ihre Dienst nicht leisten wollen, zum Gehorsam anhalten muß. Dann man sündiget beyderseits: da der Herr zu vil begehret, der Bauer aber das schuldige nicht leisten will, welch beyden der Richter ein gescheides und Discretes Mittel verschaffen muß. Es wird noch mehrers bey denen disem Titul beygefügten Frag-Stucken nachfolgen.

Der fünffte Articul.

Die Unterthanen seyn nicht schuldig ausser Land zu fahren, sie wären dann so nahet an den Gräntzen, daß sie von ihrer Heimath und dem Orth, an welchem die Fuhr soll aufgenommen werden, zu einer Stadt, Treyd-Schrannen, oder Anschitt über 6. oder 7. Meil nicht zu fahren hätten. Ein gleiche Meynung hat es auch inner Lands, daß nemlich gleichwohl die Unterthanen schuldig, ihrer Gerichts-Herrschafft ihr erbaut-Gült-oder Zehend-Getreyd zu einer Treyd-Schrannen, Anschitt, oder auch einem, der es sonsten vom Herrn erkaufft hätte, auf 6. oder 7. Meil zuführen. Wäre aber je eine Herrschafft weiter als 6. oder 7. Meil von einer Treyd-Schranen oder Anschitt gesessen, sollen ihme gleichwohl die Unterthanen, sowohl gegen den Gräntzen ausser Lands, als im Land, das Treyd die übrige Meil auch zuführen: Doch dagegen die Herrschafft ihme, für solchen übrigen Weeg ein gebührlich Fuhrlohn zu bezahlen schuldig seyn. Hätte aber ein Herrschafft andere Getreyd, welches nicht deren selbst eigens erbaut-Gült-oder Zehend, sondern in anderweg erkaufft oder erobert Getreyd so mag er den Unterthanen nicht auferladen, solch Getreyd mit der Scharwerck zu führen.

Es seyn auch die Unterthanen aus einer Hoff-March in die andere, doch auch nur auf 6. oder 7. wie gehöret, zu Scharwercken schuldig, ob sie gleich über Nacht ausbleiben, wann es nur mit gebührender Maaß, und Bescheidenheit geschickt. Wurden sie aber zu dem Hoff-Bau von einer Hoff-March in die andere, oder von den einschichtigen Güthern erfordert, seyn sie zu solchen Hoff-Bau über ein Meil ungefährlich zu kommen nicht schuldig, es soll auch ein Hoff-Marchs-Herr in disem Fall, wann etliche Unterthanen zu dem Hoff-Bau so weit erfordert werden, mit denselben in anderen Scharwercken, vor den nahe gesessenen Unterthanen, ein solche Milderung gebrauchen, daß zwischen den Unterthanen ein zimliche Gleichheit gehalten, und keiner von dem anderen zu vil beschwäret werde.

Summaria.

1. Welche Scharwerck gewöhnliche und ungewöhnliche Scharwerck genennet werden?
2. Ob die Unterthanen schuldig seyen ausser Land die Scharwerck zu verrichten?
3. Obwohlen die Bauern schuldig seynd die Getreyd-Fuhren ausser Land zu verrichten, ob solches auch auf andere Fuhren erstrecket werden könne?
4. Was Rechtens, wann der Herr das Getreyd im Land verkauffen kan, aber nicht will, weilen es ausser Land theurer ist, ob die Bauern zu solchen Treyd-Fuhren gehalten seyen?
5. Ob allein die Hoff-Marchs-Unterthanen, oder auch andere abgesendete um besagte Fuhren gehalten seyen?
6. und 9. Auf wie vil Meil die Unterthanen inner oder ausser Land das Getreyd führen müssen?
7. Welches ein rechte Meil seye?
8. Welchergestalten die Wort 6. oder 7. Meil zu verstehen, und wer die Wahl habe der Herr oder der Unterthan?
10. Ob die Unterthanen über 6. oder 7. Meil die Fuhren leisten müssen, wann der Herr wegen des weitern Wegs den Lohn bezahlen will?

11. Ob

1. Wir haben biß anhero die Abtheilung der Frohn-Dienst in gemessene und ungemessene, Vieh und Hand-Dienst ausgelegt, jetzt wird in disem und nachfolgenden Art. ein anderer Unterschied unter denen gewöhnlichen und ungewöhnlichen Scharwercken vorgegestellet, und diser Unterschied betrifft nicht die Quantität, sondern die Qualität der Scharwercken. Dann es ist von sich selbsten klar, daß die Hauß-Nothdurfften so unterschiedlich seyen, daß sie fast nicht gezehlet werden können. Wann nun die Unterthanen ohne Unterschied zu solchen Diensten, sie mögen beschaffen seyn, wie sie wollen, verbunden zu seyn erachtet werden, so ist nicht mehr nöthig, sich um Dienstbothen umzusehen. Dahero ist zu sehen, was für Dienst die Bauern versehen müssen, hierüber seynd gewisse Reguln zu beobachten, das übrige aber wird der Orthen Observanz und Gewohnheit überlassen.

2. Ist also die erste allgemeine Regul, daß die Unterthanen ausser Land nicht schuldig seyen zu Frohnen. Dise Regul wird fast von allen Rechts-Gelehrten gut geheissen, welche einträchtlich statuiren, daß kein Unterthan ausser Land, in welchem der Jurisdictional-Herr sein Sitz und Domicillium hat, zu Scharwercken schuldig seye. Ziegler §. nobiles. n. 141. loc. cit. Rosenthal. de feud. cap. 5. conclus. 71. n. 5. Husan. de prop. hom. cap. 6. n. 89. Maul. de Homag. tit. 4. n. 8. Dessen können vile Ursachen beygebracht werden; uns ist dise genug, daß unsere Statuten Regul-mässig ihren Gewalt und Krafft über des Lands-Fürsten Territorium nicht erstrecken. Hernach müssen die Scharwerck gemeiniglich wegen denen Grund-Güthern verrichtet werden, seynd also an dem Orth zu præstiren, wo die Güther, in Ansehung deren die Frohnen verrichtet werden, gelegen seynd. Endlich ist man die Scharwerck nicht anderst schuldig, ausser zur Nothdurfft des Herrns, nicht aber zum Gewinn und Wucher. Weilen nun des Herrn Nothdurfft inner Land genug geschehen kan, so müsten die Scharwerck nicht ausser Land erstrecket werden. Unser Art. macht disen Ausnahm, wann nicht eine Hoff-March so nach an das Vatterland angrentzend ist, daß man zur Schrannen, welche ausser Land liegt, inner 6. oder 7. Meil kommen kan. Dessen ist die Ursach, damit nicht sonsten dem Herrn die Scharwerck zu keinen oder schlechten Nutzen seyen, wann er sich derselben nicht auch ausser Land bedienen kan. Balthas. de operis subdit. cap. 9. in f. Wegen diser Verordnung aber seynd einige Zweiffel aufzulösen.

3. Der erste ist, weilen der Art. allein von Getreyd-Fuhren redet, ob er auch von anderen Fuhren zu verstehen seye, deren der Herr zu seiner Hauß-Nothdurfft nöthig hat. Zum Exempel, wann der Herr ausser denen Gränitzen ein Lust-Guth hat, und dahin einen Hauß-Rath führen will, seynd wohl die Unterthanen zu Scharwercken verbunden? Und wir antworten mit Nein, weilen die allgemeine Regul darwider ist, und die Frohn-Dienst ausser Land nicht gebühren, und jenes, was von dem Getreyd, so zur Schrannen zu führen ist, absonderlich ausgenommen worden, auf andere Fuhren nicht zu erstrecken ist, wovon doch kurtz hernach ein mehrers folgen wird. Dahero auch hingegen folget, daß, wann ein Herr im Land ein Hauß erbauet, und aus einer Stadt, welche zwar ausser Land doch nicht über 5. oder 6. Meil entlegen, ist, Mobilien und anderes zu Einrichtung des Hauß nöthiges beygeschafft, die Unterthanen solche Sachen beyzuführen nicht schuldig seyen: Aus Ursach, weilen, wann die Bauern nicht gehalten seynd Fuhren zu leisten ausser Land, sie auch aus frembden Land nicht schuldig seynd, die Fuhren in das Land herein zu præstiren, weilen die Correlation einer Natur seynd. Aber, weilen wir gesagt haben, daß die Unterthanen die Treyd-Fuhren ausser Land zu verrichten gehalten seyen, so seynd sie auch unserer Meynung nach verbunden, von frembden Land in das Vatterland die Getreyd-Fuhren zu verrichten. Zum Exempel, der Herr hat kein Getreyd, welches er in der in frembden Land gelegenen Schrand verkauffen will, sondern zum Unterhalt seiner Famili solches nöthig hat,

hat, und dise Fuhren bürdet er den Bauern auf, daß sie das in frembder Schrand erkauffte Getreyd heim führen sollen: Fürwahr, daß dises Begehren gerecht seye, kan niemand zweifflen, dann wann die Bauern schuldig seynd, dem Herrn ausser Land das Getreyd zu führen, um solches zu verkauffen, so seynd sie auch destomehr schuldig, die Fuhren zu verrichten, um das Getreyd zur Haußhaltung beyzuführen. Aus Ursach, weilen bey Verkauffung der Getreyder auch der Herr einen Gewinn zu suchen Platz hat, bey Einkauffung der Getreyder aber allein die Hauß-Nothdurfft anzusehen ist. Dahero müste vilmehr die Verkauffung, als Erkauffung die Leistung der Scharwerck aufheben. Wir haben fast einen gleichen Anstand mit unseren Bauern gehabt, weilen sie uns aus der Stadt Augspurg auf unser Schloß die Oeffen nicht führen wollen, vorgebend, daß man auch zu München Oeffen habe, welche näher herbeygeführet werden können. Disen haben wir endlich nachgegeben, und haben lieber die Fuhren bezahlt, als mit ihnen einen solchen Procels angefangen.

4. Ist dahero der andere Zweiffel, ob, wann einer seine Getreyder in Vatterland verkauffen kan, die Bauern nichts destoweniger verbunden seyen, die Fuhren an fremde Schrannen ausser Land, wo die Getreyder theurer seynd, zu verrichten? Und es scheinet, sie seyen diß nicht schuldig, weilen die Bauern, wie wir öffters erinnert haben, denen Herren zum Gewinn nicht zu Scharwercken haben. Wann also der Herr allein von darumen die Fuhren ausser Land begehret, weilen alldort die Früchten theurer seynd, so scheinet, daß er in der That allein den Gewinn suche, worzu die Bauern nicht zu frohnen haben; dessen doch ohnerachtet halten wir darfür, wahrhaffter zu seyn, daß die Bauern schuldig seyen, ausser Land das Getreyd, wo selbes theurer ist, zu führen, weilen der Herr, da er seine eigene Getreyder verkaufft, keinen Wucher treibt, oder nicht schächert, sondern wohl hauset. Dann jener schächert, der handlet, und mit frembden Sachen einen Gewinn suchet. L. 2. & 1. ff. pro socio. Was aber von sich selbsten gewachsen ist, wie eine Erbschafft, Schanckung, Legat &c. das kan kein Schächerey genennt werden, sondern jenes, was man mit Mühe und Arbeit, das ist, durch handlen gesucht, und erworben worden ist, dann die Früchten der Erden werden Einkünfften und Renten genennet, dise zu gewinnen müssen die Bauern ihr Scharwerck præstiren, fürwahr die meiste Herrschafften seynd so beschaffen, daß ihr ganze Substanz, und Einkünfften in dem Werth der Getreyder bestehen, wie wir öffters gesehen haben, daß einige, da die Getreyder abgeschlagen, nicht mehr fortkommen können. Ist also ihnen nicht zu mißgönnen, wann sie anderstwo ihre Getreyder theurer verkauffen können, daß sie sich der Frohn-Dienst ausser Land bedienen, indeme die Bauern in Krafft dises Art. hierzu verbunden seynd. Bey dem ersten Zweiffel haben wir zwar allein von denen Hoff-Marchen geredt.

Aber für das dritte ist kein Zweiffel, daß die einschichtige Unterthanen nicht auch ausser Land zu Scharwercken schuldig seyen. Aus Ursach, weilen dise Schuldigkeit aus der Jurisdiction, so Bassa genennt wird, entspringt. Gleichwie nun die Hoff-Marchs-Unterthanen in Krafft der Jurisdiction die Frücht-Fuhren auf fremde Schrannen ausser Land thun müssen, und hierzu angehalten werden können, also auch die einschichtige, weilen dise nicht besser seynd als die Hoff-Marchs-Unterthanen. Was ist aber Rechtens, wann der Grund-Herr kein Jurisdiction hat, kan er wohl begehren, daß ihme der Unterthan die Getreyd-Gült in die ausser Land gelegene Schrand führen solle? Und wir vermeynen, er könne dises nicht begehren, dann obwohlen ein jeder Bauer die Gült und andere Præstationen zu des Herrn Hauß zu liefern schuldig ist, so kan der Herr doch dise Schuldigkeit in eine andere nicht verkehren, ausser in dem emphyteutischen Contract ein anderes bedungen worden. Wir haben einstens einen solchen halsstärrigen Bauern gesehen, welcher, da er vom Herrn ersucht wurde, daß er die Gült auf eine 3. Meil entlegene Schrand führen solle, solches abgeschlagen hat, und lieber das Gült-Getreyd zu des Herrn Schloß hat führen wollen, obwohlen das Schloß 3. Meil entlegen ware, allein aus diser närrischen Einbildung, damit dise Beschwerde seinem Guth nicht anwachse. Gleichwie jener, der vom Pfarrer gefragt worden, ob er das Vatter Unser und den Englischen Gruß betten könne, mit Ja zwar geantwortet, aber, da auch wegen den Glauben GOTT gefraget wurde, gesagt hat, daß solchen weder sein Vatter noch Anherr gekennet, er hat solchen zu erlehrnen nicht dahin gebracht werden können, aus Ursach, damit er keine neue Gerechtigkeit auf das Guth bring. Die Wort dises Art. bestättigen disen unsern Sentenz, daß die einschichtige mit denen Hoff-Marchs-Bauern gleich verbunden seyn, welche nicht allein von denen Scharwercken, so aus des Herrn Schloß und Gütheren, 5.

sondern auch aus der Bauern-Heimmeth verrichtet werden müssen, klar reden, und zwar der Herr, der die Jurisdiction hat, kan in solchen Privat- und einschichtigen Güthern dem Unterthanen ohne weiteres befehlen, daß er auch die Getreyd-Gült sogleich auf die Schrand überführen solle, weilen der Herr in der That solches zu begehren eine zweyfache Ursach hat, eine wegen der Grund-Herrschafft, Krafft welcher ein jeder Bauer seine Schuldigkeit zu des Herrn Hauß bringen muß, und die andere in Krafft der Jurisdiction, besag welcher aus Verordnung dises Art. der Herr dem Bauern die Fuhr in die Schrand oder anderstwohin ausser Land aufbürden kan. Damit

6. Aber 4. die Maaß in Entlegenheit des Orths nicht überschritten werde, so ist solche auf 6. oder 7. Meil gesetzt worden. Uns kommt vor der Gesatz-Geber habe auf das Scharwercken selbsten gesehen, damit nemlich solcher Dienst in 2. Tägen könne verrichtet werden, als in dem ersten mit fahren in die Schrand, oder ein anderes Orth, in dem anderen Tag aber mit dem Heimfahren, Krafft der Worten unsers Art. ob sie gleich über Nacht ausbleiben. Welche handgreifflich genug mit sich bringen, daß für einen Tag zu fahren 6. oder 7. Meil angesetzt worden; aus Ursach, weilen der Bauern Scharwerck meistens eine tägliche Verrichtung genennet werden, welches Wort, obwohlen andere solches allein in dem Verstand nehmen, daß denen Bauern wenigstens die nächtliche Ruhe gestattet werden müsse; wir halten doch darfür, daß unsern Statutis ähnlicher seye, daß durch unsern Art. verordnet werde, daß durch Auswerffung der 6. oder 7. Meil die Weite des in einem Tag zu vollbringen stehenden Weegs anzeigt werde. Aber

7. Der fünffte Zweiffel ist, welches eine rechte Meil seye? Hierauf ist hart zu antworten, gemeiniglich seynd die Meilen unterschiedlich, wie solche dem gemeinen Sprich-Wort nach die Lieb auswirfft, die Lieb macht lange Meil; Bey denen Bauern kehre das Blat um und sag, der Bauern Scharwerck macht kurtze Meil. Wir haben einen gewiß braven und gerechten Mann gekennet, der sagte, daß, gleichwie 4000. Schritt eine gemeine Meil ausmachen, also auch, wann 4000. mahl ein Rad umgehet, solches eine Meil ausmache, diser Mann hat auch eine Uhr für die Botten, und Fuhr-Leuth ein so artige Uhr zu machen angegeben, daß darauf 12. Stunden angezeichnet waren, und nach beschehenen 4000 Schritt oder wann ein Rad 4000. mahl umgangen, das Zeichen einer Meil so laut gegeben wurde, wie von denen Glocken in unseren Thüren ein Zeichen gegeben zu werden, gepflogen wird: Das Werckl, so mehr lächerlich als künstlich ware, haben wir gesehen, aber dessen Gebrauch niemahlen approbirt. Unterdessen ist ohne allen Zweiffel, daß die in unsern Art. enthaltene Meilen weder eine Arithmetische, weder eine Geometrische Ausmessung zu lassen, wie wir oben von Ausmessung der Jaucherten gesagt haben. Und dahero zerfallet

Sechtens jener Zweiffel, zu wessen Fortl die Wort 6. oder 7. Meil zu nehmen seyen? Gemeiniglich haben unsere Hoff-Räth darfür gehalten, daß dise Wort zum Fortl der Herren gesetzt worden seyen, weilen die Scharwerck auch allein auf ihren Nutzen und Fortl eingeführet seyen. Dann obwohlen bey Dissjunctivis oder Alternations meistens der Schuldner die Wahl hat. L. plerumque 10. §. ult. ff. de jure dotium. L. si quis servum. 10. Cod. de condict. indebiti. L. si. in emptione 34. § si. emptio. ff. de contrah. empt. §. si per gregem. Inst. de act. cap. in alternativ. 70. de R. J. in 6. So hat doch dises einen Absatz, wann die Alternative oder Dissjunctive Wort zum Fortl des Glaubigers gesetzt seynd, wir haben ein Exempel bey denen Legatis Dissjunctivis oder Alternativis, wobey nicht der Erb, sondern der, so das Legat zu empfangen hat, die Wahl hat. Schneidewin. §. si gratiam inst. de Legatis. Wesenbec. in paratit. de optione Legat. Wir aber haben allzeit darfür gehalten, daß in unsern Art. dise Dissjunctive Wort nicht von darumen worden, daß in der Herren Gewalt stehen solle, allzeit und simpliciter, wann sie wollen, die Bauern zu zwingen, daß sie ihre Scharwerck auf 7. Meil verrichten sollen, sondern weilen wie gesagt worden, ein so grosser Unterschied der Meilen ist, daß der Gedancken des Gesatz-Gebers gewesen seye, die Bauern auf 7. Meil anzuhalten, wann solche klein oder mittel, und nicht lang oder übermässig seynd. Die Ursach meiner Meynung ist, weilen der Gesatz-Geber anscheinet, er habe denen Fuhren ein Zihl ausgesetzt, welches in einem Tag erricht werden, und der Bauer den anderen Tag nacher Hauß kehren kan. Es müssen also die Meilen also proportionirt seyn, damit die Bauern nicht zu ihren grösten Schaden über die Meynung des Gesatz beschwäret werden, dann wir sehen, daß nach Ausmessung der Alpiani ein solcher Unform unter denen Meilen seye, daß 5. grosse 7. gemeine Meil ausmachen. 8.

Da-

Dahero noch vilmehr auch 6. Meil. 7. kleineren gleich seyn können. Und hierauf muß ein discreter Richter sehen, damit nemlich die Bauern nicht zu 7. grosse Meil angehalten werden, welche in der That 9. gemeine ausmachen, welche in einem Tag entweders gar nicht, oder sehr hart verrichtet werden können. Und dises, was von denen 6. oder 7. ausser Land zu verrichten stehenden Meilen gesagt worden.

9. Hat auch 7. Platz bey denen inner Land zu verrichten stehenden Fuhren, welches ja ausser Zweiffel ist, weilen die Frohn-Dienst inner Land leichter als ausser Land, wohin sich die Land-Recht nicht erstrecken, zugelassen werden. Dises doch wird 8. beygesetzt, daß, wann der Herr inner Land über 6. oder 7. Meil Fuhren nöthig hat, die Bauern solche zu verrichten schuldig seyen, doch also, daß der Herr wegen des weiteren Weegs den billichen Lohn bezahlen muß.

10. Worans 9. abermahlen ein neuer Zweiffel entspringet, ob, wann die Schrand, auf welche ausser Land die Scharwerck erlaubet werden, über 6. oder 7. Meil entlegen ist, die Bauern den weiteren Weeg zu machen schuldig seyen, wann der Herr darfür eine billige Bezahlung thun will? Wir antworten mit Nein, dann es redet der Art. allein von Fuhren, welche der Herr inner Land über 6. oder 7. Meil nöthig hat, der Einschluß aber eines, ist der Ausschlus des anderen L. cùm prætor. 12. ff. de Judic. L. ait prætor. 7. §. sed quod 10. ff. de minor. Dises wird durch weitere nachfolgende Wort bestättiget, daß die Fuhren über 6. oder 7. Meil gegen den Gräntzen erlaubt seynd, seynd also solche Fuhren wider Willen der Bauern über 6. oder 7. Meil über und ausser den Gräntzen nicht erlaubt, in Krafft der Regul, was auf eine gewisse Zeit oder Orth erlaubt ist, daß ist weiters abgeschlagen. L. statu liberum 11. §. stichum ff. de Legat. 2. L. 21. ff. de vulg. & pupill. substit. Da wir unser Schloß zu S. baueten, haben wir bey dem Eichstättischen Steinbruch Pflaster-Stein bebestellet, aber meinen halsstärrigen Bauern nicht bereden können, daß sie mir gegen billige Bezahlung ausser Land, über Ingollstadt, um solche Stein beyzuführen, gefahren wären, wie dann auch etliche andere Bauern, welche mir auf eine nahe gelegene Mühl zu fahren, verbunden waren, mir ausdrucklich abgeschlagen haben, die Mühl-Stein von Eichstätt auch um die Bezahlung beyzuführen, deren Halsstärrigkeit wir endlich nachgegeben haben.

Wir widerholen doch 10. daß, obwohlen unser Art. allein von Getreyd-Fuhren redet, jedoch unserer Meynung nach eben eines von anderen Fuhren zu sagen seye. Dann es ergiebt sich kein Ursach eines Unterschieds, warumen bey denen Getreyd-Fuhren ein anderes soll verordnet seyn, als bey denen Fuhren anderer Sachen, welche zu verkauffen zu Zeiten nöthiger ist, als der Getreyder-Verkauff, weilen, wie wir oben erwehnet haben, die Getreyder offt mehr Gewinns halber, als zur Hauß-Nothdurfft verkaufft werden. Wir haben dergleichen genaue Getreyd-Kiperer gekennet, welche ihre Getreyder über 10. Jahr aufbehalten haben, biß endlich zu ihrer Freud eine Theurung einfallete, wo sie sogleich ihre Kästen eröffnet, und sehr grossen Gewinn gemacht haben, bey welchen Zufall einer anstehen kan, ob die Unterthanen ohne Maaß und Zahl, wie zu geschehen pfleget, zu denen Getreyd-Fuhren gehalten seyen weilen in der That die Scharwerck zu dem Ende, daß selbe des Herrn Wucher genug thun sollen, unserer Meynung nach nicht erfunden worden, absonderlich, wann die Bauern selbsten Hunger leyden, und ihre Pferd so mager und Elend seynd, daß die Hauth an Beinern hanget.

Es scheinet doch 11. es seye ein anderes zu sagen, wann die Frag ist von denen Fuhren nicht feiler Sachen, sondern solcher, welche anderstwohin nöthig seyn, von diser Frag haben wir schon etwas bey dem ersten Zweiffel gemeldet, zum Exempel einer hat ein adeliches Guth ausser dem Vatterland, welcher zu erbauen er allerhand Sachen nöthig hat, mit welchen er inner Land wohl versehen ist. Fürwahr, wann er dise Sachen ausser Land führen lassen will, so stehet ihme die General-Regul im Weeg, daß die Bauern nicht schuldig seyen, ausser Land die Scharwerck zu verrichten. Obwohlen nun wir unsern Art. welcher von denen Fuhren auf andere frembde Schrannen oder Anschitten redet, auch auf andere Fuhren extendiren, so ist doch solches allein von denen Fuhren anderer Früchten, als Hilsen-Frücht, Erd-Gewächs, und anderes, was die Erd mit sich bringt zu verstehen, wie da seynd der Lein, Hanff, Arbes, Pohnen, Preyn, Linsen, und dergleichen Saamen, Aepfel, Birn und Bäum-Früchten, welche nach Beschaffenheit der Orther unterschiedlich wachsen. Item gemöste Thier, Hennen, Koppen, Gänß, Aenten rc. Item Eyer, Schmaltz, Butter, und andere Speiß und Tranck, deren aller Verkauff oder Veräusserung zu des Gerichts-Herrn Nothwendigkeit, Commodität und Nutzen, und Hauß-Würthschafft gehöret. Wir haben bey denen jetzt fast verewigten Re- 11.

genspurgischen Reichs-Conventern gantze Wägen voll essende Wahren durch Frohn-Fuhren auf die Wochen-Märckt aus Bayern beyführen gesehen, aber niemahlen hierüber eine Beschwärde gehöret, unserer Meynung nach gantz recht, dann wann die Getreyder dahin geführet, und von denen Bayerischen Edel-Leuthen feil gebotten werden können, warumen nicht auch andere essend und trinckende Waaren, unter beyden kein Unterschied ist? Wir haben auch in der oberen Pfaltz gesehen, wo in einem sehr kalten Orth ohnweit des Böhmer-Walds die Baum-Früchten auf verwunderliche Weiß wachsen, die Herren solche Früchten durch Frohn-Fuhren ausser Land in ein Sächsische Stadt, genannt Im-Hoff geschickt haben, da sich niemand darwider setzte, obwohlen auch die frembde mit ihren Kärren kommeten, und die allda nicht in denen Gärten, sondern auf offentlichen Feld stehende Bäum angefeilet haben, mit disen Worten: Herr wie verkaufft ihr mir den Baum, wo sie nicht die Bäum, sondern die Früchten verkauffen; dises Exempel schicket sich zwar nicht zu denen Bayerischen Land-Rechten, weilen die obere Pfaltz eigene Recht hat, legt aber aus unsere Meynung, daß jenes, was bey Verkauffung der Getreyder erlaubt ist, gar recht auch auf andere verkäuffliche Waaren erstrecket werden könne.

12. Unterdessen zwölfftens, obwohlen wir oben gesagt haben, die Bauern ausser Land zu anderen als Getreyd-Fuhren nicht gehalten seyen, so zweifflen wir doch gar nicht, daß nicht die Bauern solche Fuhren inner Land zu thun ohne Anstand schuldig seyen, doch also, daß nicht allein der Termin von 6. oder 7. Meil bey denen Fuhren der Feilschafften, sonderen auch bey anderen zur Hauß-Nothdurfft nöthigen Fuhren zu beobachten seye. Zum Exempel, wann ein Herr in einer Stadt wohnet, und zur Sommers-Zeit auf sein von der Stadt 6. oder 7. Meil entlegenes Guth verreiset, auch dahin allerhand nöthigen Hauß-Rath überführen lassen will. Fürwahr die Bauern seynd zu solchen Scharwerck-Fuhren verbunden, und zwar umsonst, wann das Guth nicht weiter als 6. oder 7. Meil entlegen ist, wann es aber weiter liegt, muß der Herr den weiteren Weeg mit billigen Lohn bezahlen. Aus Ursach, weilen, obwohlen der Termin der 6. oder 7. Meilen sowohl inner als ausser Land gleich ist, so thut doch diser Termin allein die Quantität anzeigen, in der Qualität aber obwaltet diser zweyfache Unterschied, daß die Bauern wegen denen Hauß-Nothdurfften essend und trinckenden Waaren ausser Land zu Scharwercken lediglich nicht wegen Treyd- und dergleichen Früchten-Fuhren aber nicht anderst, als auf 6. oder 7. Meil, und nicht weiters inner Land aber wegen allen zum Brauch und Nothwendigkeiten des Herrn gehörigen Sachen, und zwar über 6. oder 7. Meil zu Scharwercken schuldig und gehalten seyen, wann nur der weitere Weeg bezahlet wird. Wir erinneren uns zwar, daß dises einstens in Zweiffel gezogen worden, da einige vermeynten, daß auch inner Land die Bauern nicht schuldig seyen die Mobilien und andere Sachen, so zu des Herrn Commodität gehören, als Scharwerckend zu überführen, das Widerspiel aber ist notorisch im Brauch.

Endlich 13. ist noch ein Zweiffel übrig 13.
wann ein Herr, der ein Hoff-March in denen Angräntzen hat, ausser denen Gräntzen an einem nahe gelegenen Orth einen Hoff- oder Sedl-Bau aufrichten will, ob er zu Bemayrung, Oegung, und Besammung des Grunds die inner dem Land wohnende Bauern dahin verschaffen könne, wie er sich diser Bauern bedienen kan, daß sie ausser Land zu einer Schrand fahren müssen? Und wir vermeynen, daß, weilen die General-Regul, daß die Bauern ausser Land zu Scharwercken nicht gehalten seynd, in unsern Art. allein den Ausnahm wegen der Getreyd-Fuhren habe, wir solchen Ausnahm auf die Bemayrung des Acker-Baus nicht erstrecken können. Wann du sagen woltest, wir haben die Getreyd-Fuhren auch auf die Fuhren anderer Früchten und Feilschafften extendirt: So antworten wir, dises seye geschehen, weilen eben ein gleiche Ursach obwaltet, daß aber unser Statutum über die Fuhren auch erstrecket werden solle auf dem Feld-Bau, dises lasset die Vernunfft nicht zu, ausser villeicht es gehöreten die ausser Land gelegene Grund-Stuck zu einem Hoff-March, der an den Gräntzen des Vatterlands gelegen ist, dann solchenfalls muß die Zugehör wie der Hoff-March selbsten gehalten werden, und gleichwie solche Zugehörungen ein Theil des Hoff-Marchs seynd, so muß auch jenes, was bey dem Hoff-March rechtens ist, auch Platz haben bey dessen Theil und Zugehörung.

Wir haben 14. gesagt, daß die Unter- 14.
thanen ihren Herrn zu ihren Hoff-Märchen wann sie schon 6. oder 7. Meil von denen Häusern der Bauern, wo sie wohnen, entlegen seynd, die Fuhr-Scharwerck verrichmüssen. Jetzt aber in dem Versicul es seynd auch wird dises in so weit extendirt, daß die Fuhr-Scharwerck von einer Hoff-March zu der andern geschehen müssen; dann offt geschicht es, daß ein Herr zwey oder mehr Hoff-Marchen hat, wobey er zu Zeiten den Wohn-

Wohnsitzt ändert, daß also nöthig, von einem Orth zum andern die tägliche Hauß-Nothdurfften zu überführen. Obwohlen nun die Bauern wohl wissen, daß sie denen in Städten und Märckten wohnenden Herrn die Nothdurfft beyführen müssen, so haben sie doch öffters über daß einen Stritt angefangen, ob sie zum Scharwercken von einer Hoff-March zur andern gehalten seyen, weilen ihnen vorkommete, daß die Bauern, wo der Herr wohnet, zu denen täglichen Diensten mehrer als sie gehalten seyen. Fürwahr disen Sentenz thun gemeiniglich die DD. approbiren, daß nehmlich die Præstation der Scharwerck nicht allein nach dem Territorio der Provinz, sondern auch nach des Herrns Jurisdictious-Districk müsse abgemessen werden. Also daß die Unterthanen der Hoff-March A. ausser derselben Jurisdictions-Districk zu Scharwercken nicht schuldig seynd, und hingegen die Unterthanen der Hoff-March B. über ihre Gräntzen zu Frohnen nicht gehalten seynd, wann schon beyde Hoff-Marchen einem Herrn zu gehören, damit nicht die Jurisdictiones, von welchen die Scharwerck den Ursprung nehmen, confundirt worden. Welches in disem unsern Art. mißbilliget, und verordnet wird, daß die Bauern so wohl von einer Hoff-March zur andern auf 6. oder 2. Meil weit, als auch von des Herrn Wohnung zu seiner Hoff-March, welche er villeicht allein hat, ihre Fuhr-Scharwerck verrichten müssen.

Und dises 15. wird dahin extendirt, es mögen solch beyde Hoff-Marchen an ein ander, oder weit aus einander liegen, weilen die nähe oder weite Entlegenheit der Hoff-Marchen den Nutzeu und Nothdurfft des Herrn, und also die Form und Obligation der Scharwerck nicht verändern kan.

15. Jenes 16. kan mehr in Zweiffel gezogen werden, ob, wann ein Hoff-March mehr als 6. oder 7. Meil entlegen ist, der Herr die Bauern anhalten könne, daß sie auch den weitern Weeg mit ihren Fuhren machen müssen, wann er bereit ist, solch weitern Weeg, wie billig, zu bezahlen? Und es scheinet, er könne sie hierzu anhalten. Aus Ursach, weilen in vorhergehenden von andern im Land schuldigen Scharwercken dises verordnet ist. Fürwahr aber dises ist zweiffelhafftig, weilen der Articul in disem zweyten Casu von denen Fuhren von einer Hoff-March zur anderen, die Fuhren allein auf 6. oder 7. Meil einschranckt, und von einem weitern Weeg gar kein Meldung thut. Und scheinet, daß ein nur gar zu handgreiffliche Ursach des Unterschieds obwalte, warumen nicht ob jenes wegen denen Scharwercken von einer Hoff-March zur anderen zu halten seye, was verordnet ist wegen denen von des Herrn Hauß über 6. oder 7. Meil entlegnen Scharwercken, weilen, da einer die Scharwerck von einer Hoff-March zu der andern begehrt, welche weiter als 7. Meil entlegen ist, verordnen kan, daß von denen Unterthanen beyder Hoff-Marchen die Fuhren nach vollbrachten Weeg der 6. oder 7. Meil abgewechslet werden, welches bey einem Herrn, der nur eine Hoff-March hat, so leicht nicht kan practicirt werden, obwohlen wir darfür halten, daß man auf dergleichen Kleinigkeiten nicht acht haben solle, dann wer wird dem Herrn dise Ungelegenheit zu muthen, daß er unter Wegs mit seiner grossen Ungelegenheit die Fuhren umladen, und wegen der Bauern Halsstärrigkeit an ihren überführenden Hauß-Rath und Mobilien die Gefahr des Verderben auf sich nehmen solle? Es muß also darfür gehalten werden, daß in disem Versicul wiederholt worden seye, was im vorigen exprimirt worden, daß nehmlich in dem Fall, wo eine Hoff-March von der andern weiter als 7. Meil entlegen ist, der weitere Weeg bezahlt werden müsse.

Aber dises 17. was jetzt von denen Fuhren geredt worden, kan zu denen Hoff-Bau Scharwercken nicht applicirt werden, dann wann die Bauern zum Acker-Bau von einer Hoff-March zu der 6. oder 7. Meil entlegenen andern Hoff-March könnten beruffen werden, so wurden sie von ihren Hauß-Geschäfften und Nothwendigkeiten gar zu lang abgehalten; Dahero verordnet der Articul daß die Hoff-Bau-Scharwerck weder von der andern Hoffmarchs-Unterthanen, weder von denen einschichtigen Unterthanen über ein Meil nicht entlegen seyn sollen, weilen sehr hart seyn wurde, daß der weiters entlegenen Bauern-Last-Vieh, nachdeme solches den Tag hindurch abgemattet worden, etlich Stund noch zum Futter erst heimgehen solle; und dahero kommt es, daß unser Articul ermahne, daß die Herrn, welche ihre fremde Unterthanen zu denen Hoff-Bau-Scharwercken beruffen, solche mit andern Scharwerck-Fuhren gelinder halten sollen: welches menschlich und Catholisch ist. 16.

Was ist aber zu thun, wann 18. der Herr in seiner Hoff-March sich anderer seiner über ein Meil entlegenen Unterthanen zu Bemayrung seines Hoff-Guths nicht bedienen kan, kan er wohl von ihnen jenes Geld begehren, so er wegen Bemayrung des Hoff-Guths ausgelegt hat; zum Exempel einer hat ein Hoff-Guth, so 12. Jauchert in ein Feld hat; Diser hat in seiner Hoff-March nur 4. gantze Bauern; er muß also wegen denen übrigen 4. Jaucherten zum anbauen andere Leuth und Vieh bestellen, und jährlich für jede Jauchert, wie gebräuchig ist, 6. fl. bezahlen, das ist, für dreyfaches Egen und Acker-Lohn, deren die erste genennt wird die Umäckerung des Brach-Felds, die andere 17.

re das Brauchen; dann nach der ersten Umäckerug wachset Graß und allerhand Kraut, welche durch den Pflug wieder müssen ausgereithet werden, welche Arbeit die Bauern das andere brauchen nennen, endlich den Grund zum Zusäen bereithen. Wird also gefragt, ob der das dise 24. fl. von denen entlegenen Bauern an Geld fordern könne? Und wir vermeynen, er könne es nicht fordern, aus Ursach, weilen die Bauern nur die Scharwerck, nicht aber das Geld darfür schuldig seynd. Wann also die entlegnere Bauern die Scharwerck selbsten zu verrichten nicht gehalten seynd, so seynd sie um so weniger für solche das Geld zu bezahlen verbunden, dises aber ist dem Herrn in Krafft der Verordnung dises Art. erlaubt, daß er bey anderen Scharwerck-Fuhren sich der entlegneren Unterthanen, vor denen näheren bedienen könne, welche zum Acker-Bau verbunden seynd, damit eine Gleichheit gehalten werde, welche heilige und Christliche Verordnung von harten Herrschafften mehr zu wünschen als zu hoffen ist, welche nichts wenigers als eine Gleichheit beobachten, welche doch GOTT und dem Menschen gefällig ist, wie der Kayser redet in Novell. 78. cap. exhibente. Weilen die Gleichhaltung eine Mutter des Friedens ist. Wesenbec. n. 1. ff. de collat. bonor.

Der sechste Articul.

In gebräuchige Hand-Scharwerck ist dise Arbeit, welche ein jeder Hauß-Vatter täglich durch seine gebrödte Ehehalten pflegt verrichten zu lassen, als da ist das Holtz, so allbereit ein Holtz gehackt, und gescheitert ist, daheim zu klieben, dasselb, wie auch das Wasser in die Kuchen zu tragen, Knetten, Brodt backen, Obst schelen, oder schneiden, Spän machen, Besen binden, Fegen, Waschen, Auskehren, Einheitzen die Ställ säubern, und dergleichen Hauß-Arbeit, welche den Ehehalten zu gehört. Und obwohlen bey etlichen das Hopffenbrocken, Abnehmung des Obsts, Ruben heuptlen, Haar rüffen, spraiten, brechen und dergleichen Haar-Arbeit, ob sie Scharwercken seyn, zweiffentlich gewesen, sollen sie doch unter andere gebräuchige Hand-Scharwerck, welche man diß Orths nicht alle erzehlen kan, doch Lands gebräuchig seyn, gerechnet werden, darbey aber die Herrschafften, nach Anzahl ihrer Scharwercks-Leuth solche Maaß und Bescheidenheit gebrauchen sollen, damit sich dieselbigen nicht zu vil beschwehrt befinden.

Als auch offtermahls auf den Berg-Häuseren, grosser Mangel an Wassern, daß man solches aus tieffen Brunnen schöpffen, oder aus den Thäleren in Fässeren auf die Berg führen muß, soll das Wasser schöpffen, und Führen an solchen Orthen für ein schuldige Scharwerck gehalten, sonsten aber, da an Wasser kein Mangel, den Unterthanen nicht auferladen werden, doch gehört das Wasser führen in solchen Fällen unter die Fuhr-Scharwerck.

Das Treschen ist man auch in der Scharwerck nicht schuldig, dann allein wo es von Alters herkommen, deßgleichen ist das Spinnen kein durchgehende allenthalben gebräuchige Scharwerck, wo es aber von Alters herkommen, oder in den Saal-Büchern begriffen, und bey Verlassung der Güther bedingt, und ausgetragen ist, sollen die Unterthanen noch fürterhin auch spinnen. Und an welchen Orthen gleichwohl das Spinnen in Krafft der Saal-Bücher und Geding im Brauch, soll man doch hierinnen auch gebührende Maaß brauchen, und die Unterthanen zum Spinnen des kleinen Garens nicht nöthen, sondern sie bey einem Mittel-Garn bleiben lassen.

Hund zu halten ist kein Scharwerck, derwegen man die Unterthanen damit nicht beschwehren soll, es hätte dann jemand solches von Alters hergebracht, oder auch ihme in Verstifftung der Güther ausgedingt.

Die Wacht im Schloß oder Dorff ist kein Scharwerck, doch wo solche nicht nur etwan wegen Ausruffung der Stund, oder ungefährlicher Feuers-Gefahr halber, sonderu zu Verhütung gemeiner, oder des Hoffmarchs-Herrn sonderbahrer Gefahr, im Schloß oder Dorff angestellt würdet, ist man solche, so lang es die unfürsehens eingefallene Nothdurfft erfordert, umgehend zu verrich-

verrichten schuldig, und allda niemand ausgenommen, ob er gleich sonsten die Fuhr-Scharwerck verrichtet.

Das Bottenlauffen ist gleichwohl ein Scharwerck, doch soll man denjenigen, welche also über ein Meil Weegs ausgeschickt werden, einen gleichwohl etwas geringeren Lohn, als sonsten gebräuchig, von der Meil bezahlen, doch seyn sie ausser Lands zu lauffen nicht schuldig, es seye dann auf den Gränitzen, alsdann soll er in der Scharwerck auch ein Meil gehen. Welche mit Rossen-Scharwercken, die seyn zu der Hand-Scharwerck nicht verbunden, es seye dann von Alters her, an einem oder andern Orth anderst herkommen.

Summaria.

1. Welche die gewöhnliche, und ungewöhnliche Hand-Scharwerck seyen, und welche als gewöhnliche gehalten werden sollen?
2. Ob das Ruben abschneiden denen gewöhnlichen Hand-Scharwercken zu zu zehlen seye?
3. In was Zeit der Dienst, so für gewöhnlich gehalten wird, für ungewöhnlich *praescribirt* werde?
4. Wann das Wasser tragen unter die Scharwerck zu zehlen seye?
5. Ob das Treschen auch unter die ungewöhnlichen Scharwerck gerechnet werde?
6. Ob auch das Spinnen?
7. Ob die Spinn-Scharwerck ungemessen seyen?
8. Ob die Unterhaltung deren Jagd-Hunden zu denen Scharwercken gehöre?
9. Ob auch die Nacht-Wachten dahin gehörig seyen?
10. Ob das Bottenlauffen denen gewöhnlichen Scharwercken zu geschrieben werden?
11. Ob die Unterthanen, so Fuhr-Scharwerck leisten, zur Hand-Scharwerck gehalten seyen?
12. Ob das Bottenlauffen unter Fuhr- oder Hand-Scharwerck gehörig seye?

1. IN vorhergehendem Art. haben wir gehört, welche Fuhr-Scharwercken in unsern Vatter-Land erlaubt, und gewöhnlich seyen; jetzt wird zu denen Hand-Scharwercken geschritten, wo dise General vilmehr abschlägige als favorable Regul gesetzt wird, daß ein jede Arbeit, welche ein jeder Hauß-Vatter täglich durch seine Dienst-Botten verrichten zu lassen pflegt, zu halten seye für eine ungewöhnliche Bauern-Scharwerck. Nachgehends werden unterschiedliche Gattungen dergleichen angewöhnlichen Diensten erzehlet, nehmlich das Holtz-Scheitten zum Kochen, das Wasser tragen in die Kuchel, Knetten, Backen, Obst schelen, oder schneiden, Spän schneiden, Besen binden, Fegen, Waschen, Auskehren, Einheitzen, die Ställ säuberen, mit dem Beysatz, und dergleichen Hauß-Arbeit, welche den Ehehalten zugehört, wie da seynd, daß Melcken, die Milch besorgen, Ausrühren, das Vieh füttern, Käß machen, Schaaf-Scheren, und dergleichen, welche die tägliche Hauß-Nothdurfft erforderet, nach der Orthen unterschiedlichen Gewohnheiten.

Hingegen obwohlen wegen einigen Scharwercken ein Zweyffel ware, ob sie unter die gewöhnlichen Hand-Scharwerck zu zehlen seyen oder nicht, so macht doch unser Articul aus, daß nachfolgende Dienst für gewöhnlicher zu haten seyen, als das Hopffen brocken, das Obst abnehmen, das Ruben heuptlen das Haar riffen, spraiten, brechen, und dergleichen Haar-Arbeit.

2. Aus disem aber, was wir jetzt gesagt haben, entspringt die Frag, weilen das Ruben hauptlen denen gewöhnlichen Scharwercken beygezehlt wird, ob auch das Ruben schelen disen gewöhnlichen Diensten beyzuzehlen seye? Die Ursach zu zweiflen ist, weilen das Aepffel schelen, und schneiden für eine ungewöhnliche Bauern-Arbeit gehalten wird, also auch in gleichem muß für eine solche das Ruben schelen gehalten werden; aber fürwahr, weilen das Ruben hauptlen weniger ist, als das Ruben schelen, und doch das Ruben schelen unter die gewöhnliche Dienst gezehlt wird, so vermeynen wir, daß mehr das schelen als das hauptlen unter die gewöhnliche Dienst gezehlt werden müsse, weilen bey denen Bauern-Diensten allzeit darauf gesehen wird, damit, wo die Ehehalten die Hauß-Arbeiten zu versehen nicht erklecken, die Bauern helffen müssen, welche Hülff bey dem schelen mehr als bey dem hauptlen nothig ist. Es hindert auch nichts, was zum Gegenspihl vom Apffel schelen gesagt worden, weilen das Apffel schelen nach und nach geschicht, indeme die Aepffel und Birn in denen Kelleren und Gewölbern aufbehalten, und nach und nach zum täglichen Gebrauch hervor gezogen werden, daß also das schelen nicht auf einmahl geschicht, wie bey denen Rüben, sondern allein, wann sie zum Kochen gebraucht werden; gleichwie nun die Köch die Speisen zu besorgen haben, und solches kein Bauern-Arbeit ist, also gehört auch denen Köchen das Apffel schelen zu, nicht anderst als das Fisch-Schneppen. Jenes, was in bemeldte cent. 1. controv. 37. zum Widerspihl eingeschlichen, ist von dem Rüben hauptlen, und nicht vom Rüben schelen zu verstehen. Bey dergleichen Gerechtigkeiten

tigkeiten, wie wir oben schon gesagt haben, ist vor allem jedes Orths Gewohnheit anzusehen; Wir haben in unsern Dorff B. einen sehr grossen Hopffen-Garten, ist doch niemahlen allda der Brauch gewesen, daß man von Scharwercks wegen den Hopffen gezopfft hat, sondern aus guten Willen, also daß denen freywillig darzu gekommenen Nachbarn zur Danckbarkeit ein Zech Bier gegeben werden müssen, in gleichem werden in all unsern Hoff-Marchen die Haar-Arbeiten nicht als ein Scharwerck verrichtet, sondern müssen solche die Ehehalten oder andere hierzu bedingte Leuth versehen, dahero

3. Weiters gefragt wird, weilen unser Art. die Haar-Arbeiten, wie da seynd Krafft unsers Art. Carminatio, die Haar-Rifflung, maceratio die Rösung, exsiccatio das Spraiten, contusio, das Brechen, flagellatio, das Schwingen, und endlich pectinatio das Kämplen oder Hächlen, wo der gute Flachs vom Werck abgesendert wird, ausdrucklich unter die gewöhnliche Hand-Scharwerck zehlet, was für eine Zeit zur Præscription des Widerspihls erfordert werde? Und es scheinet es seye zu sagen, es werde eine unfürdenckliche Zeit erfordert, weilen solche Præscription wider die Verordnung des gemeinen Rechts lauffet: Weilen aber in der Semicent. nost. 1. controv. 34. gesagt worden, daß ein ungewöhnliche Scharwerck inner 30. oder 40. Jahren gewöhnlicher massen könne præscribirt werden, wie der Revisions-Rath einstimmig darfür gehalten hat, so wird um so mehr ein Dienst, der für gewöhnlich gehalten wird, inner 30. oder 40. Jahren für ungewöhnlich præscribirt werden können. Die Ursach ist, weilen die Recht der Befreyung von einer Schuldigkeit weit geneigter seynd, als einer Einführung einer Schuldigkeit. Ja, weilen bey dergleichen Fällen unsere Land-Recht auf das alte Herkommen sehen, Krafft des Absatz Hund zu halten. So zweifflen wir schier nicht, daß, wann 10. oder 20. Jahr in einem Ort beobachtet worden, daß die Flachs-Arbeiten, welche all Jahr fürfallen, allzeit durch die Ehehalten, oder andere hierzu bedingte Leuth verrichtet worden, die Unterthanen sich von sothaner Schar-Arbeit befreyet haben, weilen solche Observanz oder non usus sich bey geringen Sachen in 10. oder höchst 20. Jahren verificirt, wann man Gelegenheit gehabt hat sich solchen Dienst zu gebrauchen, Glossa & DD. ad rubr. Cod. quæsit longa consuetudo. dict. cent. 1. controv. 34. n. 3. Auf zu Behauptung des Gegenspihls beygebrachte Ursach ist die Antwort, daß unsere Bayrische Statuten dergleichen Præscription, oder durch Gebrauch und Observanz eingeführten Gewohnheit nicht wiederstreben, wo aber das Recht nicht wiederstehet, da wird so genau eine unfürdenckliche Præscription nicht erfordert, daß aber unsere Land-Recht nicht wiederstreben, wird aus disem erwiesen, weilen sie die Unterhaltung der Jagd-Hund approbiren, wann sie von Alters hero eingeführt worden. Noch weniger aber hat die Unterhaltung der Jagd-Hund in Rechten einen Favor, als alle ob erzehlte Gattungen der Scharwerck, weilen alle mehrer der Natur der Bauern Scharwerck ähnlicher seynd, als die Atzung der Jagd-Hund. Hier wird endlich abermahlen, wie bey andern Bauern-Scharwercken, denen Herren die Bescheidenheit aufgetragen. Dann man muß sich deren allzeit also bedienen, damit nicht die Unterthanen von ihrer Hauß-Nothdurfft und von ihrer und der ihrigen Unterhaltung verhindert werden.

Unter die ungewöhnliche Scharwerck ist zuvor gezehlt worden das Wasser tragen in die Kuchel (deme wir auch billig beysetzen das Wasser tragen zum trincken, waschen, oder zur Vieh-Tränckung, Hauß-Bäder Anstellung) der Art. thut doch beyrucken, wann der Edelleuth Schlösser auf Bergen, oder auf hochen Hügeln liegen, wo Wasser-Mangel ist, daß dergleichen Wasser-Scharwerck unter die gewöhnliche gezehlt werden müssen. Dise aber seynd von zweyfacher Gattung, dann entweders ist das Wasser aus disen Brünnen zu schöpffen, oder ist aus denen in der Tieffe lauffenden Bächlen zu holen. In dem ersten Fall wird die Wasser Beyschaffung für ein Hand-Scharwerck gehalten, in dem andern Fall aber vor ein Pferd-Scharwerck, und zwar in beyden Fälle für eine gewöhnliche hergebrachte. Dessen ist die Ursach, weilen die Ermeßigung der Bauern-Scharwerck zu nehmen ist von des Herrn Nothdurfft, wann also der Wasser-Mangel macht, daß des Herrn Hauß-Nothdurfft durch die Ehehalten genugsam nicht sattsam kan geholffen werden, so müssen die Bauern mit Scharwercken helffen. 4.

Das Treschen wird Krafft des Versiculs unsers Art. das Treschen auch unter die ungewöhnliche Scharwerck gezehlet, dessen scheinet die Ursach zu seyn, damit denen Bauern die Zeit nicht benommen werde, ihre Getreyder zu ihrer Hauß-Nothdurfft auszutreschen, und die Grund-Herrliche Præstationes sowohl abführen, als auch die Steuern, Anlagen, welche fast ohne Zahl seynd, bezahlen und abrichten zu können. Und dises hat auch Platz in jenem Casu, wo des Herren Ehehalten das Getreyd auszutreschen nicht erklecken. Gleichwie wir ein Exempel haben bey Schneid- und Einsammlung der Früchten. Dann obwohlen das Aeckern, Egen, Säen, das Einführen der Getreyder in die Scheuren, und das Tungen für gewöhnliche 5.

wöhnliche Scharwerck gehalten werden, so werden doch das Schneiden und das Einsammlen, und Austreschen der Früchten, es mag dem Herrn eine Nothdurfft zufallen wie sie wolle, für schuldige und gewöhnliche Scharwerck nicht gehalten, dessen ist ja kein andere Ursach, als, daß denen armen Leuthen so vil Zeit gelassen werde, damit sie auch so vil Raum haben ihre Nahrung einzusammlen.

6. Von mehreren Gattungen der Flachs Arbeiten haben wir in vorhergehenden gemeldet, hier handlet der Art. vom Spinnen, dann weilen in unsern Vatterland der Flachs in der Menge wachset, so wird für kein schlechte Scharwerck gehalten, wann die Unterthanen, oder vilmehr ihre Weiber zum Spinnen verbunden seynd. Dahero unser Art. dise Schuldigkeit als ungewöhnlich und unhergebracht erkläret, ausser in drey Fällen, erstlich wo das Widerspiel von alter Observanz und Gebrauch eingeführet worden, welches wir nicht von der 30. oder 40. jährigen, sondern von 10. oder 20. jährigen Gewohnheit verstehen, weilen ein alte Observanz in schlecht und geringen Sachen genommen wird für 10. oder 20. Jahr.

7. Wann man aber fraget, ob auch dise Spinn-Arbeiten ungemessen seyen? So antworten wir, daß im Zweiffel allzeit die Præsumption für die ungemessene Dienst seye, wir aber haben niemahlen gesehen, daß das Spinnen so weit extendirt worden, daß der Unterthanen Weiber ohne Zahl oder Maaß zum Spinnen sollen gehalten seyn, und weilen in disem Art. dise Arbeiten für ungewöhnlich gehalten werden, so ist an sich selbsten klar daß der Herr solche ohne Maaß nicht forderen könne. Ausser welche von Alters hero seynd præstirt worden, daß also dißfalls allzeit mehr für ein gewisse Anzahl, als für eine uneingeschränckte Arbeit die Præsumption ist; andertens wann in der Herren Urbar oder in den Saal-Büchern, und drittens in den Stifft-Brieffen enthalten ist, daß die Unterthanen so und so vil spinnen müssen. Fürwahr aber dise beyde Casus schicken sich zu unserem Art. nicht, dann wann man setzt, daß der Unterthanen Krafft der Saal-Bücher oder Stifft-Brieff denen Grund-Herren spinnen müssen, so ist solches Spinnen für kein Scharwerck zu halten, sondern für eine Herrschafftliche Gült oder Præstation, dessen Untersuchung hiehero nicht gehöret. Wir lassen also dem Gerichts-Herrn ein eintzige Exception von der Regul, daß das Spinnen nicht unter die erlaubte und gewöhnliche Scharwerck gezehlet werde, zu, nemlich wann von alter Gewohnheit hero solches Spinnen hergebracht worden. Es ist gewiß, daß an vilen Orten die arme Bauern die unterschiedliche nemlich Grund- und Gerichts-Herrschafften haben, schwer gecreutziget werden, da werde dergleichen Spinn-Arbeiten verlangen, daß also denen Bauern kaum so vil Zeit übrig bleibet, die Leinwand für Windlen zu ihren Kindern, ja nichtmahl ihnen selbsten die nöthige Hemmeter beyzuschaffen. Gar offt haben wir graußliche Spectacel gesehen, da die Hemmeter der Kinder an denen Zaun-Stecken so zerfleckt und besudlet herum hangeten, daß fürwahr sie härter als auf denen blossen Bretteren darauf liegen müssen; unterdessen bedingen ihnen die Knecht, und Diernen zu ihren Lohn ihnen gewisse Ehlen nicht Würchenes sondern Flechsenes Tuch, womit sie sich auf offentlichen Tantz-Plätzen broglen, daß also dise Ehehalten es fast besser haben, als die beste Bauern. Hier wird abermahlen eine Christliche Erinnerung beygesetzt, daß in dem Casu, wo die Unterthanen zum Spinnen verbunden seynd, gelimpflich tractirt, und zum Zart-Spinnen nicht angehalten werden sollen, sondern allein zur mitteren Gespunst, welche ihre grobe Händ verrichten können.

Der Art. wiederholet abermahlen die zweyte Exception vom Spinnen, welches man Krafft der Saal-Bücher, und Stifft-Brieff schuldig ist. Welches ein Zeichen ist, daß unser Gesatz-Geber mehr der Grund-Herrn dann der Vogt-Herrn Strengheit verweise.

Wir haben zwar kurtz zuvor gesagt, daß, wenigst so vil uns bekannt ist, die ungemessene Spinnen-Scharwerck nicht im Branch seyen, welches anscheinet, daß es disem Art. zuwieder seye, indeme derselbe denen Herren die Bescheidenheit aufbürdet, welche nicht kan aufgebürdet werden, wann wir setzen, daß sie gemessene Scharwerck seyen, weilen man denen gemessenen Scharwercken verbleiben muß, welches auch gern genehm gehalten, weilen aber unser Art. den Haubt-Zweck sonderheitlich in Zärte des Fadens setzet, so scheinet es, daß er vilmehr die Bescheidenheit in der Qualität, als in der Quantität diser Diensten verlange, diß aber alles thut nicht vil zur Sach, weilen bey allen Scharwercken sowohl in der Quantität als Qualität in Conformität unserer Statuten die Bescheidenheit gehalten werden solle.

Die Unterhaltung der Jagt-Hund ist Krafft dises unsers Art. unter die Scharwerck gar nicht zu zehlen, wird also umsonst disputirt, ob sie gewöhnlich oder un- 8.

gewöhnlich seye: Die Ursach ist, weilen die Natur der der Scharwerck ist, daß sie dem Herrn zu seiner Leibs- oder Hauß-Nothwendigkeit dienen sollen, die Jagd-Hund aber dienen nicht zur Nothdurfft, sondern zur Recreation des Herrn, ist also deren Unterhaltung unter die Scharwerck nicht zu zehlen. Mit disem stimmt ein Gylan in decis. Cameral. decis. 12. n. 26. lib. 1. wo er sagt, daß die Unterhaltung der Jagd-Hund und deren Auferziehung zu denen Bauern-Scharwercken nicht gehören, sondern vilmehr seye eine pure Servitus Personalis, und zwar eine harte, welche denen armen Bauern aufgebürdet wird, welche sich selbsten und die ihrigen nicht unterhalten können. Lese bemelte Cent. 34. n. 5. & seqq. Unser Art. jedoch nimmt wiederum zwey Casus aus, wann einer diß von alters hergebracht, welche alte Observanz jedoch nicht auf die Præscription und unfürdenckliche Zeiten, sondern allein auf 10. oder 20. Jahr, oder aufs höchste auf 30. oder 40. Jahr zu restringiren ist. Wie dann eben dises in bemeldter Cent. 34. per totum ausgeführet wird, und von uns kurtz zuvor auch auf andere Gattungen der ungewöhnlichen Scharwerck extendiret worden ist, aus Ursach, weilen, wann die alte Observanz bey Unterhaltung der Jagd-Hund (welche vilmehr eine harte Servitus Personalis als ein Scharwerck ist) soll zugelassen werden, solche um so mehr bey denen übrigen ungewöhnlichen Scharwercken müsse zugelassen werden, weilen sie der Natur der Scharwercken weit ähnlicher seynd. Der andere Casus ist, wann bey der Stifft ausdrucklich die Unterhaltung der Jagd-Hund bedungen worden, aber solchenfalls gehöret sie nicht unter die Scharwerck, weilen sie nicht wegen der Jurisdiction, oder wegen errichteten Pacts in einem Theil der Gült, und wird besagter massen genennt ein Gült-Scharwerck.

9. Die Nacht-Wachten, welche die Herrschafften in Schlösseren oder Dörfferen um die Nacht-Stund auszuschreyen, oder zu Abendung der Feuers-Gefahren bestellen, seynd denen Bauers-Scharwercken nicht beyzuzehlen, L. unica Cod. ne op. à collat. exig. L. 1. & 2. Cod. ne rust. Die Ursach ist, weilen die Bauern, welche durch die tägliche Arbeiten und Dienst sehr ermattet, und außgemerglet werden, die Nacht-Ruhe nöthig haben. Wann also ein Herrschafft solche Wachten haben will, so muß sie solche entweders durch ihre Ehehalten und Dienerschafft aufstellen, oder eigne Wächter um ihr Geld aufnehmen; ausser es fallet eine gemeine Noth und Gefahr ein, welche abzuwenden der gemeine Nutz und Nothdurfft erforderet, wie vor wenig Jahren, da die Frantzosen wohl sehend, daß sie ihren Feinden den Spitz nicht biethen können, grausam und unter denen Christen unerhörter massen heimliche Mord-Brenner ausschickten, welche zu Nacht in Städten und Dörfferen in der Unterthanen Häusser und Scheuren Feuer einlegeten, und in vilen Orten unzahlbare Schäden verursacheten, sehr vile gute Haußhalter und Herrschafften denen Unterthanen anbefohlen haben, daß einer oder zwey alle Nacht Abwechslungs-weiß die Höff und die Gassen durchgiengen, und wann sie einen oder mehr verdächtige erwischeten, solche gefänglich einführeten, oder wann sie mit Gewalt wiederstunden, die Gemeind mit Ziehung der Glocken, um solche einzufangen zusammen ruffeten, welche Vorsorg fürwahr löblich gewesen, und hat solch bösen Leuthen einen solchen Schröcken eingejagt, daß kurtz darauf dise Leuth abgenommen haben. Dergleichen Wachten seynd auch nothwendig zur Pest und Contagions-Zeit, damit von denen noch nicht angesteckten Orten jene abgehalten werden, welche nicht erweisen noch Glauben machen können, daß sie von einem gesunden Ort herkommen, und unter der Reiß auf kein verdächtiges Ort gekommen seyen, und von disen und dergleichen Wachten, welche der gemeine Nutzen und Nothdurfft erfordert, ist kein Unterthan befreyt. Jacob. de S. Georg. de Homag. col. ult. vers. an autem Domini terrarum: Welches unser Art. confirmirt in denen letzten Worten dises Versiculs, wo gesagt, daß die Unterthanen in Nothfall von denen Wachten, wann sie schon gewisse und gemessene Scharwerck haben, nicht frey seyen; ja unser Art. obwohlen er in dem Versicul die Wacht ꝛc. unter die Bauern-Scharwerck die Wachten lediglich nicht zulasset, wann schon der Herr zu Ausschreyung der Stunden, oder Abwendung der Feuers-Gefahr solche verlangt, setzt doch bey, daß in dem Casu, wo nicht allein die Aufstellung der Wachten des gemeinen Weesens halber für nöthig erachtet wird, sondern auch in dem Casu, wo die Gefahr allein den Herrn betrifft, die Wachten gantz recht bestellet werden können, ohne daß einer davon entschuldiget seyn solle, welches in der That mehrers das Amt eines guten Unterthans, als eine Scharwercks-Schuldigkeit ist. Dise Verordnung kommt mit jenen übereins, was Rutger. Ruland in Decis. jur. cont. quæst. 23. wo er sagt, bey der Kayserlichen Cammer decidirt worden zu seyn, daß die Unterthanen im Schloß zur Nacht- oder Tag-Wacht nicht können gezwungen werden, auf-

ausser da der Herr Gefahr leydet, daß ihme das Schloß verrathen werde, deme wir beysetzen, oder dergleichen: Von diser Materi kan mehrers gelesen werden bey Sixt. de Regalib. l. 2. cap. 13. n. 69. Boërio Decis. 217. Jas. in L. divortio. 7. §. impendia ff. solut. matrim. Berlich. lib. 2. conclus. 64. per totum.

10. Letztlich wird in disem Art. das Botten-Schicken oder Botten-Lauffen denen gewöhnlichen und gebräuchlichen Scharwercken zugeschrieben, doch also, daß die Botten über eine Meil Weegs zu lauffen nicht schuldig seynd, sondern ihnen wegen des weiteren Weegs die Bezahlung geschehen müsse, nicht zwar so theuer, wie anderen Ordinari-Botten, sondern etwas wohlfeiler, welches an disem Orth nicht ausgeworffen wird, weilen der Durchlauchtigste Gesatz-Geber sothane Lohns-Auswerffung jedes Orts Gewohnheit und Observanz überlassen wollen. Wir haben bißhero dise Bescheidenheit beobachtet, daß wir täglich dergleichen Botten-Lauffern so vil bezahlet haben, als vil sonsten denen Treschern, Schnittern, und Holtzhackern wir für Tag-Lohn gegeben haben, womit die Unterthanen zu frieden gewesen, absonderlich, wann ihnen noch darzu ein Trünck-Geld gegeben worden, damit sie unter Weegs einen Trunck Bier thun könner. In Unter-Lands Bayern wird meistens für ein Meil Weegs ein Batzen bezahlt, welches schier auf eins hinaus kommet, weil alldort lange Meilen seynd, daß einer in einem Tag kaum 3. Meil machen kan. Gleichwie aber, wie wir erst gesagt haben, daß Botten-Schicken in Bayrn unter die gewöhnliche Bauern-Scharwerck ist, also wird solche ausser Land über 1. Meil nicht extendirt, dessen ja besagter massen keine andere Ursach ist, als daß Regul-mässig die Dienst der Bauern mit denen Gränitzen des Vatterlands eingeschränckt werden, und die Gräntzen des Gesatz-Gebers nicht überschreitten.

11. Zu letzt rucket der Art. bey, daß die Bauern, welche Roß-Scharwerck thun, zu Hand-Scharwercken nicht verbunden seyen; diß kommt über eins mit dem gemeinen Brauch, welchen wie wir oben gemeldet haben, unsere Bauern genauist zu beobachten gelehrnet haben, also daß sie mit denen Tag-Werckern wegen der Auf- und Abladung schimpflich umgehen, und mit ihnen umreissen, als wann sie ihren Brod und Herrschafft unterlegen wären: Wann jedoch, sagt der Art. ein anderes durch Gewohnheit und Observanz wäre eingeführet worden, einem solchen seye nachzukommen, dann die Bauern, welche Roß-Scharwerck verrichten, können nicht von aller Hand-Arbeit frey seyn; Dann sie müssen beym Acker-Bau die Händ am Pflueg und Egen anlegen, den Saamen aussäen, die Pferdt und Ochsen einspannen, und dergleichen verrichten, welche Arbeiten unter die Hand-Scharwercken gezehlet werden. Es ist also unser Art. also zu verstehen, daß die Unterthanen, welche Roß-Scharwerck zu verrichten schuldig seynd, von Hand-Scharwercken zwar frey seyen, welche sonderheitlich und ohne Roß-Scharwerck verrichtet werden, wann aber Roß-Scharwerck verrichtet werden müssen, so müssen die Bauern auch jenes verrichten, ohne was solche Dienst nicht können præstirt werden, wovon wir erst Meldung gethan haben. Hernach thut unser Art. die gewöhnliche Exception beysetzen, wann nicht ein anderes durch Gewohnheit und alter Observanz eingeführet worden, wie wir wissen, daß an einigen Orthen der Brauch seye, daß die Bauern, welche zum Ackern und Zehend-Fuhren verbunden seynd, auch die weit entlegene Garben zusammen sammlen, und die Wägen laden müssen. Item die den Tung ausführen, müssen solchen aufladen, und auf denen Aeckern von Hauffen zu Hauffen wieder abladen, welch alles Hand-Dienst seynd, und dahero können dise Dienst mixt genennet werden, weilen sie Theils durch die Leuth und Theils durch das Vieh müssen verrichtet werden.

Was ist aber zu sagen, von dem 12. Botten-Gehen; ist wohl dise Scharwerck der Hand- oder Roß-Scharwerck zuzuzehlen? Uns kommt vor, es seye ein Unterschied zu machen, ob der Herr einen reitenden oder gehenden Botten nöthig habe; in dem ersten Fall müssen die Arbeit verrichten die Bauern, so Pferdt haben, in dem anderen Fall aber, die, welche keine Roß haben. Dann obwohlen das gehen weder ein Roß- noch Hand-Arbeit ist, sondern vilmehr ein Fuß-Geschäfft; nichts destoweniger doch einen Botten abgeben ist unserer Meynung nach eben so vil als ein Hand-Arbeit, weilen einer mit lauffen sowohl als mit der Hand-Arbeit abgematet werden kan.

Der sibende Articul.

Thut jemand Roß-Scharwercken an Orth und End, daß er über Nacht ausbleiben muß, so ist ihme der Herr zimliche Fütterey

terey auf die Roß, wie auch die Zährung auf den Mann zu geben schuldig. Da aber von Alters ein benanntes Geld, oder Fütter für die Lieferung oder Zährung gegeben worden, soll es nochmahlen dabey verbleiben; so vil aber der Hand-Scharwercker Speiß und Brod, oder Geld, daß jedem darfür gegeben würdet, betrifft, weil es deßhalben im Land ungleich gehalten würdet, kan man kein gewisse Ordnung machen, sondern es bleibet jedes Orts bey altem Gebrauch und Herkommen, darwieder die Unterthanen nicht sollen beschwert werden.

Summaria.

1. Auf wessen Kösten die Bauern-Scharwerck zu verrichten seyen?
2. Ob dem Herrn die oblige bey der Vieh-Scharwerck das Futter für das Vieh herzugeben?
3. Was Rechtens, wann durch eine Gewohnheit und *Observanz* eingeführet worden ist, daß man weder Speiß noch Futter gebe, ob solche *Observanz* denen Bayerischen Rechten ähnlich seye?
4. Ob nicht die Bauern ihre Herrschafftliche jährliche Schuldigkeiten auf ihre Kösten dem Herrn zu seinen Hauß führen müssen?
5. Ob man wegen Hand-Scharwercken zur Speiß etwas müsse gegeben werden?

1. Die eintzige Frag dises Art. ist, auf wessen Kösten nemlich sowohl die Hand- als Vieh-Scharwerck verrichtet werden müssen? Der heut zu Tag die Recht der Scharwerck nach denen alten Gesätzen, welche de jure libertorum ausgangen, abmessen will, der verfallet sogleich in ein Antinomi oder Contradiction, dann in L. operæ 21. ff. de oper. libert. Javol. J. C. ex cassio schreibt, daß die Scharwerck auf des Herrn Kösten zu verrichten seyen. Hingegen Paul. in L. suo victu. 14. eodem. ex Sabino behaubtet, daß ein Libertus mit eigener Kost und Kleidung die Scharwerck verrichten müsse, und in L. quod nisi 20. setzt er die Ursach bey, weilen ein jeder, was er versprochen hat, auf seine Kösten geben müsse, so lang jenes, so er schuldig ist, verhanden ist, und obwohlen die Rechts-Gelehrte dißfalls zerschiedene Unterschied machen, damit sie diser Contradiction entfliehen, da einige mit der Glossa sagen, daß ein Libertus alsdann die Scharwerck auf seine Kösten verrichten müsse, wann sie bestimmte gewisse Scharwerck seynd, der Herr aber die Kösten bezahlen müsse, wann die Dienst ungewiß seynd, als wolte man sagen, es seye ein Unterschied zu machen unter denen gemessenen, und ungemessenen Scharwercken, also daß bey denen ungemessenen der Herr die Kösten tragen müsse, bey denen gemessenen aber der Bauer, aus Ursach, weilen bey denen gewissen und gemessenen Diensten sich der Unterthan mit denen nöthigen Mittlen vorsehen und wegen der Kost vorsorgen kan, aber bey ungewissen, weil er nicht weist, was für Dienst, und wann ihme aufgetragen werden, kan er sich nicht vorsorgen. Einen wenig anderen Unterschied macht Joann. Gædd. vol. 3. consil. Marpurg. cons. 33. n. 538. unter denen Scharwercken, welche aus Verordnung des Gesatz, oder Pacts halber verrichtet worden. In dem ersten Fall schiebt er die Bezahlung der Kösten auf den Herrn, in dem anderen auf den Bauern. Wann man nun die Nothwendigkeit der zu verrichten habenden Scharwerck, welche man Gesatz halber schuldig ist, verstehen will von ungemessenen Scharwercken, so ist diser Unterschied mit dem vorigen ein ding, und werden die Gesatz halber schuldige Scharwerck vor ungewiß gehalten, wie in der That vermög Verordnung unserer Statuten alle Schuldigkeit die Scharwerck dem Vogt-Herrn zu verrichten für ungemessen gehalten werden. Weilen sich aber zutragen kan, daß ein Bauer auch Gesatz oder aus eines Orts Gewohnheits halber, welche anstatt des Gesatz ist, nur auf gemessene und gewisse Dienst gehalten werde, so ergiebt sich eben darum, daß diser Unterschied den Knopf nicht auflöse. Die dritte Meynung ist, welche unterscheidet den armen von dem reichen Unterthanen, also daß dem armen zum Dienen die Gelder gegeben werden müssen, nicht aber dem reichen. Aber auch diser Unterschied hebt die Beschwärde nicht auf, weilen die Armuth an sich selbsten alle Action ausschliest, Krafft des Sprüch-Worts: Wo nichts ist, hat der Kayser sein Recht verlohren, also noch vilmehr ein geringerer Herr. Dahero dann wir dise Recht der Libertorum, welche aus denen alten Gesätzen hergenommen worden, verlassen, weilen sie mit denen Scharwercken und Diensten, welche von unsern Bauern und Unterthanen als freyen Leuthen verrichtet werden, nicht übereins kommen, und sagen, daß in unsern Art. ein doppelter und tauglicherer Unterschied gemacht werde, und der Vieh- und Hand-Scharwerck, und unter der Scharwerck, welche in einem Tag vor

vor Untergang der Sonnen kan verrichtet werden, oder welche noch etwas vom anderen Tag erfordert.

2. Was die Vieh-Scharwerck betrifft, macht unser Art. die erste Regul, daß der Herr schuldig seye dem Unterthanen das Futter für das Vieh, und dem Bauern die Zährung zu geben, in dem Fall, da er an selben Tag nicht wieder nacher Hauß kommen kan, und wegen weiter Entlegenheit anderstwo übernachten muß, welches menschlich genug, und erträglich ist. Dann obwohlen Paul. J. C. in dict. L. quod nisi 20. für billig erkennet, daß ein jeder, was er versprochen hat, auf seine Kösten præstiren soll, so kommt dises doch unseren Bauern nicht zu, weilen sie zum Dienen Gesatz halber verbunden, und also eines Mitleydens würdig seynd, daß ihnen wenigstens für sie und das Vieh die nöthige Zährung gegeben werde.

Und dises verstehen wir 1. es mögen die Bauern zu gewisse, und gemessene, oder ungewisse, und ungemessene Scharwerck gehalten seyn, weilen unser Art. keinen Unterschied macht, und derentwegen, weilen dise Dienst odios seynd, wann das Gesatz nicht unterscheidet, muß der Mensch von dem Unterscheiden abstehen.

Absonderlich 2. weilen der Art. nur eine zimliche Zährung und Fütterey vorschreibet, welche dem Herrn so schwer nicht fallen kan.

Besonders weilen 3. solche Zährung und Fütterung eingeschränckt wird auf den Fall, wo der die Scharwerck verrichtende Bauer über Nacht ausbleiben muß. Aus welchem

Folget 4. daß, wann ein Bauer in einen Tag wieder nach Hauß kommen kan, ihme weder für ihn, noch für sein Vieh die Zährung gebühre. Dessen scheinet die Ursach zu seyn, weil er allzeit für seine Zährung und Fütterey so vil mit sich nehmen kan, was er in einem Tag nöthig hat. Daß also allzeit unsere Land-Recht auf die natürliche Billigkeit sehen.

Unterdessen 5. was wir hier von denen Jurisdictions-Scharwercken reden, das kan unsers Erachtens auf die Grund-Herrn nicht appliciret werden, weilen bey disem Platz hat die Ursach des Pauli J. C. in L. quod nisi. 20. daß ein jeder, was er versprochen hat, auf seine Kösten verrichten solle, dann Grund-Herrschafftliche Bauern-Scharwerck bestehen allein im Versprechen, einem Pact, oder Bedingnuß, daß also dem Versprecher der Scharwerck obliget, solche auf seine Kösten zu verrichten.

Obwohlen 6. wir öffters gesehen haben, und ist auch bey uns in dem Orth S. der Gebrauch, daß denen Bauern, welche auch ihre Jurisdictions-Scharwerck verrichten, aus uralter Observanz für Zährung oder Futter nichts gegeben werde, wann schon sie meistens über Nacht ausbleiben, villeicht derentwegen, weilen, wann sie wolten, die Fuhr in einem Tag verrichten könten, sondern um dem Sauffen obligen zu können, auch vom anderen Tag etwas daran hencken.

Und dahero folget 7. daß im Fall, da besagter massen die Unterthanen zum Dienen auf 6. oder 7. Meil verbunden seynd, man ihnen allzeit die Zährung und Fütterey schuldig seye, weilen sie in einen Tag solchen Weeg für sich und wieder zuruck nacher Hauß nicht vollbringen können. Aber wann die Bauern bey Verrichtung ihrer Scharwerck Nachmittag die Reiß erst anfangen, und zu ihrer Commodität anderstwo übernachten, daß sie erst den anderen Tag Mittags-Zeit zuruck kommen, fürwahr einem solchen ist man die Zährung und Fütterey nicht schuldig. Dann unser Art. sagt allein von jener Ubernachtung, welche einer machen muß, da einer über Nacht ausbleiben NB. muß. Nicht aber, wann er nach seinen Gefallen ausbleibet.

Noch vil weniger 8. wie unsere Bauern gewohnt seynd, wann ihre Geschäfft mit des Herrns zusammen nehmen, und derentwegen die Scharwercks-Zeit über Nacht erstrecken. Dann es wird nirgends verordnet gefunden, daß der Herr die Zährungs-Kösten bezahlen solle, wann der Bauer seiner Commodität nach länger ausbleibet.

Was ist aber Rechtens 9. Wann an einem Ort durch Gewohnheit und Observanz eigeführt worden, daß denen Bauern, welche ihre Scharwerck verrichten, weder Zährung noch Fütterey gegeben werde, ob dise Gewohnheit und Observanz unsern Land-Recht ähnlich seye? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen unser Art. allein dise Exception machet, daß, wann an einem Ort für die Zährungs und Fütterey-Kösten für Leuth und Vieh etwas gewisses an Geld, oder Victualien gegeben zu werden gepflegt wird, solches darbey verbleiben solle. Dahero der Art. supponirt, daß die völlige Enthebung von Reichung der Zährung und Fütterey unserm Land-Recht gäntzlich entgegen seye. Obwohlen wir oben, wo in diser Materi der Bauern-Scharwerck wegen des alten Gebrauchs und Observanz eine Meldung geschehen, allzeit die Zeit von 10. oder 20. oder auf das höchste 30. oder 40. Jahren zu gelassen haben; So stehen wir doch hier sehr an, weilen die völlige Enthebung anscheinet verbotten zu seyn, esse juris prohibitivi, bey verbottenen Sachen aber daß kein andere Præscription als von unfür- 3.

 denck-

dencklichen Jahren Platz habe, haben wir schon offt wiederholet. Fürwahr dises Verbott ist wenigistens bey uns von solchen Kräfften, daß aufs wenigist wir die Præscription von 30. oder 40. Jahren erforderen, weilen wir die Zeit von 20. oder 30. Jahren dem alten Brauch nach in jenen Causis allein zu lassen, welche von geringen Præjudiz seynd, und wo das Recht nicht wiederstrebet, gleichwie in Gegenspiel die Schuldigkeit die Zährung und Fütterung zu geben anscheinet von grosser Wichtigkeit zu seyn, und nirgend die gäntzliche Enthebung diser Schuldigkeit approbirt, sondern allein eine gewisse und leidentliche Bescheidenheit darinn zu gelassen wird.

Man wird sagen, es seye der Rechtsgelehrten gemeine Meynung daß der Vasall gehalten seye auf seine Kösten dem Herrn seine Dienst zu præstiren, also auch die Unterthanen ihren Jurisdictions-Herrn ihre Scharwerck auf ihre Kösten verrichten müssen. Und wir antworten, daß unter beyden Fällen ein Himmel weiter Unterschied seye, dann der Vasall empfangt vom Herrn ein sehr grosse Gutthat, da er von dem Herrn zuweilen ein Ritter-Lehen von vielen tausend Gulden werth empfangt, und erkennt, unter dessen der Jurisdictions-Herr für die Dienst, welche er von denen Bauern begehrt, nicht einen Heller werth giebt, absonderlich wann die Bauern friedlich seynd, und durch mehrere Jahr lang kein Jurisdictions-Hülff nöthig haben, gleichwie wir bezeugen können, daß in unsern Guth A. schon über 20. Jahr nicht ein Casus entstanden, wo die Unterthanen ein Jurisdictions Hülff hätten nöthig gehabt, welches eben die Ursach gewesen, daß wir selbe in denen uns schuldigen ungemessenen Diensten so glimpfflich gehalten haben daß unter uns nicht der geringste Stritt entstanden. Hernach wird auch jene gemeine Meynung, daß der Vasall dem Lehen-Herrn umsonst und auf seine eigne Kösten dienen müsse, nach Lehr des Clari §. feudum. quæst. 21. Garz. de expens. cap. 12. n 82. Kohl. de servit. feud. part. 6. n. 14. und unzahlbarer anderer, an mehreren Orten auf tausenderley Weiß, nach unterschiedlichen Orten Gewohnheiten moderirt, und eingeschränckt, wie der geneigte Leser in unserm Enchyridio feudali sehen wird, und kan auch kein Proportion gemacht werden, von einem Ritters Vasallen einem reichen Menschen, auf einen armen Bauern, der die Zährung für sich und sein Vieh nöthig hat.

4. Aber dise Nothwendigkeit, die Alimentation zu præstiren, welche für die Jurisdictions-Scharwerck gegeben werden muß, soll nicht extendirt werden auf die Bauern, welche ihren Grund-Herrn ihre jährliche Præstationes-Gülten und anderes zu Hauß führen; Dann solche Fuhren müsse sie die Bauern auf ihre Kösten verrichten, wie ein jeder Schuldner seinen jährlichen Zinnß auf seine Kösten dem Glauber an dem Ort, wo er wohnet, bezahlen muß, und dises kommt wieder über eins mit dem Sentenz des Pauli J. C. in L. quod nisi 20. ff. de oper. libert. daß ein jeder, was er versprochen hat, auf eigne Kösten geben müsse.

Und diß alles, was wir gesagt haben, ist geredt von den Roß-Scharwercken. Unser Art. sagt, es könne wegen denen Hand-Scharwercken kein gewisse Verordnung gemacht werden, weilen in unsern Vatterland unterschiedliche Gewohnheiten seynd, welche jedes Orts nach Gebrauch und Observanz müssen beobachtet werden. In unserm Dorff B. müssen die Söldner nach des Herrn Gefallen Scharwerck, die Männer alle Tag um 17. X. und die Weiber um 6. X. so offt es des Herrn Nothdurfft erfordert; Unterdessen doch werden ihnen bey der Bezahlung anstatt der Scharwerck der Lohn für 10. Täg abgezogen. In nicht über ein Meil von unsern Guth S. entlegenen Orten werden dise Söldner erschröcklich tribulirt, also daß sie ohne Maaß und Ordnung zum Dienen angehalten werden, und bekommen alle Tag nichts als ein Stuck Brod oder einen Kreutzer darfür, anderstwo bekommen sie eine Suppen, oder ein mit schwartzen Brod-Brocken angefülltes Muß. Wo sie besser tractirt werden, bekommen sie des Tags einen Groschen. Dann obwohlen unser Art. simpliciter sagt, daß jedes Orts Gewohnheit zu beobachten seye, so ist doch die Clausul des 4. Art. allzeit zu wiederholen, daß die Scharwerck mit solcher Bescheidenheit gebraucht werden sollen, damit dise arme Leuth nicht unterliegen, und weder sich oder ihre Kinder ernähren können. Ja, wann in einem Ort dise Observanz eingeführt worden, daß an statt der Zehrung bey denen Hand-Scharwercken nichts gegeben werde, so halten wir darfür, daß eine solche Gewohnheit so gehäßig seye, daß solche einzuführen, und zu probiren eine unfürdenckliche Præscription nöthig seye, eben wie bey denen Roß-Scharwercken. 5.

Du wirst sagen, wir haben zuvor gesagt, daß unsern Söldnern im Dorff S. 10. Täg abgezogen werden, in welchem sie die Hand-Scharwerck verrichten, empfangen doch für die Zährung keinen Heller. Wir antworten, diß seye wahr, und also ihre Hand-Scharwerck auf 10. Täg eingeschränckt seynd gleichsam gemessen, welches noch erträglich ist; Wir aber reden von ungemessenen Hand-Scharwercken, wo die Männer und Weiber ohne Unterschied darzu nach Gefallen in der Wochen 2. und 3. mahl gebraucht werden,

den, ohne Zährung, wie wir einige weinend klagen gehört haben. Dise Dienst dann unserer Meynung nach haben eine unfürdenckliche Præscription nöthig, weilen fürwahr die Christliche liebe Strengheit nicht zulast. Mir ist einsmahl geantwortet worden, daß die Söldner, wann sie daß nicht thun wollen, ausziehen können. Aber eben dises ist auch unrecht, daß dise arme Leuth ihr Häußle, worunter sie sich vor Regen und Schnee bedecken, und für ihren grösten Schatz halten, wegen der Herrn Hartherzigkeit verlassen, und unter dem heutern Himmel wohnen sollen.

Der achte Articul.

Diejenige Scharwerck, welche ein Unterthan leisten soll, aber ungehorsamlich ausgeblieben, die kan wohl zu Geld angeschlagen werden, nach billiger Schätzung, was ein Herrschafft dessen entgolten, daß der Unterthan die Scharwerck nicht geleistet hat. Hätte aber die Herrschafft des Unterthanen Aussenbleibens nicht entgolten, sondern es wäre die Scharwerck dannoch durch die andere Unterthanen verrichtet worden, so soll der ausgebliebene Unterthan sich mit denselben anderen Unterthanen, so vil sein Theil an der versaumten Scharwerck mag geschätzt werden, vergleichen. Doch soll die Herrschafft, wann der Unterthan das Scharwerck-Geld, gehörter massen, in einem oder anderm Weeg bezahlt, ihme weiter nicht straffen, er wäre dann aus fürsetzlichem Ungehorsam ausgeblieben.

Wann man aber künfftige Scharwerck zu Geld anschlagen will, also daß die Unterthanen in die Scharwerck nicht sollen erfordert, sondern für dieselbig ein gewisses Geld bezahlt werden, ist diser Unterschied zu gebrauchen, nehmlich wann die Herrschafft: und Unterthanen sich deßhalben selbst gütlich mit einander vergleichen, so bleibt es bey solchem Vergleich und Geding, doch daß die Unterthanen hierzu nicht gezwungen werden. Und obgleich die Unterthanen ein Geld zugeben versprochen, so stehet es dannoch in Ihrer Wahl, sich, nach Ausgang des Jahrs, wiederum zu der Scharwerck-Leistung zu erklären, und alsdann seyn sie das Geld nicht schuldig, deßgleichen stehet es auch in des Herrn Wahl, die Scharwerck wieder zu erforderen, und das Geld dem Unterthanen zu lassen.

Aber kein Herr ist befugt, von einem oder etlichen Unterthanen das Scharwerck-Geld zu begehren, und von den anderen die Scharwerck zu erforderen, sondern es soll hierinnen ein Gleichheit gehalten werden. Hatte aber einer einschichtige Güther, welche zu der Hoff-March nicht gehörig, bey derselben Güthern Besitzern, einen oder mehr, kan die Herrschafft, wann der Unterthan darein verwilliget, wohl Geld für die Scharwerck nehmen, und bey den Hoff-Marchs, auch andern einschichtigen Unterthanen, die Landts-gebräuchige Scharwerck, nach Innhalt des letzteren Articuls, dises Tituls erforderen.

Summaria.

1. Ob die Scharwerck können zu Geld angeschlagen werden?
2. Was von denen versaumten Scharwercken zu sagen seye?
3. Was Rechtens, wann der Herr wegen eines saumseeligen Unterthanen oder mehrere beschwehrt hat, ob nicht die beschwehrte Unterthanen eben der als der Herr wider den nachläßigen den *Regress* haben?
4. Wann der Herr wegen des saumseeligen Unterthanen keinen Schaden leidet, ob er an statt der Scharwerck Geld forbern könne?
5. Ob die schuldige Scharwerck zu Geld können angeschlagen werden? Wann der Herr sich deren in der Natur wegen weiten Entlegenheit nicht bedienen kan?
6. Was in Bayern der Brauch seye?
7. Was Rechtens, wann mit denen Unterthanen Geld bedungen worden, kan wohl der Herr die Scharwerck wieder begehren?
8. Was Rechtens, wann auf ewig Geld für die Scharwerck bedungen worden, ob man von solchen *Pact* abweichen könne?
9. Ob der Herr einem die Scharwerck nachlassen könne?

10. Ob

10. Ob der Herr von einigen Geld und von andern die Scharwerck fordern?
11. Ob er nicht wenigist von einschichtigen Unterthanen die Scharwerck begehren könne?
12. Wann von allen Unterthanen für die Scharwerck Geld bedungen worden, ob dises nicht, dann durch alle müsse aufgehebt werden?
13. Was zu thun, wann einige mit einwilligen, ob nicht der mindere Theil dem mehrern weichen müsse?

1. Auf die in disem Art. gestellte Frag, ob nehmlich die Scharwerck zu Geld können angeschlagen werden, macht der Art. den Unterschied, ob gehandlet werde von versaumten Scharwerck, oder simpliciter von denen schuldigen Scharwercken.

2. Was die versaumte Scharwerck betrifft, ist kein Zweiffel, daß der Herr den Ersatz dessen, was ihm abgehet, an Geld begehren könne. Aus Ursach, weilen ein saumseeliger Zahl-Mann allzeit schuldig ist jenes zu ersetzen, worinn des Glaubigers Schaden bestehe, nachdeme rechtmäßiger Weiß die Scharwerck begehrt worden, dann, wann sie nicht begehrt worden, so wird keine Versaumnuß begangen. L. mora 32. in princ. ff. de usur. L. nulla 88. ff. de R. J. L. si pupillus 127. ff. de V. O. Und also kan der Bauer nicht saumselig genennt werden; der Art. setzt doch bey, wann der Herr wegen des Bauerns-Scharwerck Versaumnuß einen Schaden leidet, so thun meistens die Herrn an statt des saumseeligen einen anderen bestellen, der des saumseeligen Stell vertrittet, und thun den saumseeligen Bauern anhalten, daß er dem, so für ihn gearbeitet hat, das billige Tag-Lohn bezahlen müsse. Welches nicht mißbilliget werden kan.

3. Was ist aber Rechtens, wann der Herr andere Unterthanen, welche in Verrichtung der Scharwerck begriffen seynd, schwehrer beladen, daß er wegen des ausbleibenden Versaumnuß keinen Schaden gelitten hat? Disem laßt der Art. kein Klag zu, sondern verbindet den saumseeligen Bauern, daß er, sich mit denen übrigen Bauern wegen deme, was sie für ihn verrichtet haben, gütlich vergleichen solle. Dessen ist die Ursach, weilen der Herr, deme alle Satisfaction geschehen, keine Schaden Ersetzung begehren kan, die Unterthanen aber, welche die Arbeit für den ausgebliebenen verrichtet haben, die Action negotiorum gestorum haben, wodurch sie den Lohn dessen begehren, was sie für ihn verrichtet haben. Dann wann schon der nachläßige Bauer nicht eingewilliget hat, daß die übrige Bauern für arbeiten, so thut doch das Gesatz und natürliche Billigkeit den Consens erfüllen, und ihme verbinden, der sich selbsten nicht verobligiren wollen. DD. ad. §. igitur primum. Inst. de oblig. ex quasi contract. & ad tit. ff de neg. gest. Schneid §. 1. n. 16. instit. de auth. tut. Wesenbec n. 7. ff. de oblig. & act. sehr unrecht aber thun jene Herrn, welche die Ersetzung der von ein oder dem andern vernachläßigten Scharwerck denen übrigen Bauern ausbürden, und nichts desto weniger doch nachgehends denen Nachläßigen die Bezahlung austragen, wo doch, wie gesagt worden, dem Herrn kein Action, sondern denen übrigen Bauern, die für ihn die Arbeit verrichtet haben, die Actio negotiorum gestorum zu stehet, weilen unrecht wäre, daß daß ihnen die wider Willen aufgetragene Arbeith zum Schaden gereichen, und ihnen nicht bezahlt werden solle.

Was ist aber Rechtens, wann der Herr 4.
die Nachläßigkeit eines Bauerns weder durch einen Tagwercker noch durch andere Bauern ersetzen laßt, kan er alsdann begehren, daß ihme das Geld bezahlt werde, was hätte ausgelegt werden müssen, wann an statt des ausgebliebnen ein Tagwercker wäre bestellet worden? Und wir antworten mit Nein; aus Ursach, weilen man nur die Scharwerck nicht aber das Geld darfür schuldig ist. Und dahero wird ein Unterschied gemacht, dann entweders thut der Herr wegen der Nachlässigkeit einen Schaden leiden, und alsdann kan er dessen Ersetzung begehren, oder leidet er keinen Schaden, so kan er den Bauern zu Ersetzung der Scharwerck mit Geld nicht zwingen, weil er kein Action hat.

Wann man sagen will, daß das Geld an statt dessen kommen thue, was dem Herrn abgehe; wir antworten, jenes, was dem Herrn abgehe, müsse rechtmäßig erwiesen werden, und seye solcher Abgang nicht blindhin zu schätzen, daß nehmlich dem Herrn erlaubt seyn solle, für seinen vermeintlichen Schaden, welcher etwan in etliche Kreutzer bestehet, etlich Gulden zu erpressen, mit disem stimmt ein unser Art. der dem Herrn nicht mehr zu spricht, dann wessen er durch des Unterthanen Ausbleiben entgolten, und dahero, hat er nichts, oder ein wenig entgolten, hat er auch gar nichts, oder ein weniges zu forderen.

Ja es setzt unser Art. bey, daß, wann der Herr auf einige Weiß Satisfaction erhalten hat, und also keinen Schaden erlitten hat, den saumseeligen Bauern nicht straffen könne, ausser er wäre aus Ungehorsam ausgeblieben, welcher ja nicht zu erdulten ist, sondern gebüst werden muß, wie solcher bey gerichtlichen Actibus nicht unbestrafft gelassen wird.

Was den andern Unterschieds-Theil an- 5.
betrifft, vermeynen wir, es seye ein gar gewisse Regul, daß der Herr nicht berechtiget seye, seinen Unterthanen wider ihren Willen die Scharwerck zu Geld-Præstationen anzuschlagen. Aus Ursach, welche wir schon

oben

oben angeführt haben, welchen Mann die Scharwerck zu leisten nicht aber das Geld darfür zu zahlen schuldig ist, von dem Schuldner aber kan ein anders, als was er schuldig ist, nicht gefodert werden. L. 2. §. mutui datio ff. si certum pet. Wesenbec. n. 2. de solut. Hernach, wann der Herr die Scharwerck zu Geld anschlagen will, bekennt er eben darum, daß er solche zu seiner Leibs und Hauß-Nothdurfft nicht nöthig habe, wo aber des Herrn Nothdurfft nicht verhanden ist, ist man auch die Scharwerck zu leisten nicht schuldig, wie wir aus dem 1. Art. dises Tit. und aus der Definition der Scharwerck klar genug erhellet. Und obwohlen DD. gemeiniglich wollen, ein anders seye zu sagen im Fall der Nothdurfft, wie sie ein Exempel machen mit dem weit entlegenen Herrn, welcher die Scharwerck nicht commodlich geniessen kan, oder den anderstwo genug hat, Krafft des L. patronus. 25. §. 1. & 2. ff. de oper. libert. Knich. de vestit. pact. part. 2. cap. 3. n. 70. Köpp. decis. 13. n. 2. Besold. part. 4. cons. 189. n. 17. wie wir ein Exempel haben in auth. hoc nisi. Cod. de solut. wo der Schuldner der kein Geld hat, und keinen Käuffer um seine Sachen findet, die bessere Sachen an Bezahlungs statt geben kan, weilen ihme von der Bezahlung mit Geld, welche er schuldig ist, die Noth entschuldiget. Diser Sentenz aber gehet uns nicht ein, aus nachfolgenden Ursachen, weilen 1. wann du setzest, der Herr wohne weit ausser Land, jetzt eben darum ist der Unterthan von denen Scharwercken frey, weilen man die Scharwerck ausser Land nicht schuldig ist, wie wir oben ausgeführt haben, oder 2. er wohnt inner Land aber weit entlegen, und alsdann müssen die Unterthanen Scharwercken 6. oder 7. Meil weit umsonst, und weiters, wann ihnen wegen des weitern Wegs die Bezahlung geschicht, kan also weder in ein oder dem andern Fall das Geld für die Scharwerck gefordert werden; weilen im ersten keine Schuldigkeit obhanden, in dem andern Fall aber dem Unterthanen, welcher zum Scharwercken verbunden ist, wider seinen Willen an statt der Dienst das Geld nicht aufgebürdet werden kan. Hernach 3. wie kan der Uberfluß der Scharwercken eine Nothwendigkeit erzwingen, welche dem Herrn den Gewalt einraumete, an statt der Scharwerck Geld zu fordern, oder wie kan dise die Schuldigkeit abwenden, daß, was zuvor nicht in der Natur selbst begehrt werden können, wegen Uberfluß der Scharwerck statt dessen Geld gefordert werden könne? Vilmehr 4. hat das widrige Argument Platz, dem Herrn ist man die Scharwerck nicht schuldig, ausser, wann er solche zu seiner Leibs und Hauß-Nothdurfft nöthig hat, aber in gesetzten Casu wird supponirt, daß der Herr solche nicht nöthig, sondern die Scharwerck überflüßig habe, also dringt ihn keine Noth, welche die Schuldigkeit in eine Geld-Præstation abenden könnte. Endlich 5. sollen besagter massen die Scharwerck dem Herrn zu einen Gewinn nicht dienen, wie gar offt wegen der Breu-Häussern, Fischung der Weyer, und wegen der Mühlen und dergleichen Geschäfft gesprochen worden, welche man Gewinns halber haltet, stehet also in des Herrns Gewalt nicht, daß er wegen vile der Scharwercken die Schuldigkeit der Arbeit in eine Geld-Erlags-Schuldigkeit abenderen köñe, u. er aus der Bauern Scharwerck die er nicht nöthig hat, einen Gewinn ihme machen solle. Und aus disem erhellet, daß auf jenes, was zum Widerspiel angeführt worden, leicht geantwortet werden könne: dann, was den L. patronus. 25. ff. de oper. libert. betrifft, haben wir schon oben erinnert, daß die Bauern-Scharwerck, wovon wir hier handlen, mit denen Diensten der libertorum keine Gleichheit haben; Dann unsere Bauern seynd freye Leuth, welche, was sie immer erwerben, ihnen gehört, und seynd dem Herrn nichts schuldig, ausser zur Erkäntlichkeit der Jurisdiction zu nothwendiger Hauß-Nothdurfft die Vieh oder Hand-Scharwerck zu verrichten, hingegen die liberti waren zuvor Knecht, und was sie erwerbeten, solches erwerbeten sie dem Herrn. Ist sich also nicht zu bewundern, wann der Herr nach deren Entlassung die ihme vom liberto vorbehaltne Dienst, wann solche nicht brauchen kan, zu Geld anschlagen, oder andern Umgeld verkauffen, oder vermüthen kan. Dises aber hat bey der Bauern Scharwerck nicht Platz, welche, wann sie zu des Herrn Hauß-Nothdurfft nicht vonnöthen seynd, weder verkaufft, noch um Geld verliehen werden können. Es hindert auch nichts auth. hoc nisi. Cod. de solut. Dann allda wird nicht gehandlet von einer Obligation, so in eine andere Gattung zu verenderen ist, sondern wie man sich davon frey zu machen hat, dann der Schuldner, der Geld zu zahlen schuldig ist, wann er schon kein Geld hat, bleibt doch verbunden, und hat Krafft diser Auth. dises blosse und genugsam miserable Beneficium, daß er, wann er seine beste Sachen an Bezahlungs-Statt giebt, sich frey machen kan. Aber, wann der Herr gar vile Scharwerck hat, daß er anderer nicht bedürfftig ist, da entspringt keine Schuldigkeit, solche auch an sich selbsten zu begehren, also noch vil weniger hat der Herr den Gewalt, solche, deren Schuldigkeit noch nicht verhanden ist, zu Geld anzusetzen. Die mehrere Rechts-Gelehrte reden von der Gewohnheit anderer Orten, und sonderheitlich von Sachsen, und doch setzt Ziegler in §. nobiles. conclus. 1. n. 90. aus-

drucklich bey, daß dise Verkehrung der Scharwerck in das Geld nicht leicht zuzulassen seye. Ja Knich. loc. cit. setzt einen gantz umgekehrten Casum, daß nemlich der Herr mit seinen Unterthanen übereins kommen seye, daß ihme anstatt der Scharwerck jährlich ein gewisses Geld bezahlet werden solle, und fragt, ob nach Umlauff 30. Jahren der Herr wegen seiner Nothdurfft, weil er eben die Scharwerck selbsten nöthig hatte, vom vorigen Contract abweichen, und anstatt des Gelds die Scharwerck begehren könne? Und er antwortet mit Ja, welches wir auch kurtz hernach approbiren werden, aber, daß der Herr die Unterthanen wider ihren Willen anfänglich für die Scharwerck ein gewisses Geld zu bezahlen anhalten könne, das sagt D. Knichen nicht, wie D. Balthasar cap. 16. vers. si verò nulla. ohne allegirt.

6. Als beyläuffig vor 30. Jahren der verstorbene Durchläuchtigste Churfürst höchstseelig überlegen liesse, ob er nicht von seinen Unterthanen im gantzen Land, wo er die Jurisdictionem Bassarum hatte, anstatt der Scharwerck ein leidentliches Geld forderen könne, aus zweyerley Ursachen? Erstlich weilen er solche wegen Menge derselben, oder wegen Entlegenheit nicht gebrauchen kan, und andertens weilen der Adel und Hoff-Marchs-Herren das Geld geben für die Scharwerck schon eingeführet haben, nachdeme des D. Balthasars Meynung verworffen worden, ist auch in Gegenwart meiner insgemein beschlossen worden, daß dises anderst nicht geschehen könne, ausser die Unterthanen thun freywillig einwilligen, weilen der Unterthanen Schuldigkeit allein in Verrichtung der Scharwerck bestehet, jener aber, der etwas zu verrichten schuldig ist, kan nicht genöthiget werden, statt dessen etwas zu bezahlen. Ist also dem Gnädigsten Fürsten eingerathen worden, er solle Commissarios ausschicken, welche mit deren Unterthanen im gantzen Land um die Scharwerck mit leidentlichen Geld zu bezahlen, einen gütlichen Vergleich machen sollen, welches auch glücklich ausgefallen ist. Weilen nun der Lands-Fürst selbsten der Verordnung dises Art. sich unterworffen hat, welche das Geld für die Scharwerck nicht anderst, als mit guten Willen der Unterthanen zulast, wer wird wegen Wahrheit unsers Sentenz mehr zweifflen.

7. Es gezimmet sich also, daß in dem Casu, wo anstatt der Scharwerck mit Recht Geld zu begehren ist, unter dem Herrn und denen Unterthanen ohne Betrug, ohne Gewalt, und ohne Vortheil ein Contract geschehen seye, und zwar wann solcher auf eine gewisse Zeit, das ist auf 6. oder 10. Jahr getroffen worden, ist nach solch verlossener Zeit jedem Theil frey, den vorigen Contract entweders zu verlängeren, oder aufzuheben, und wider die Scharwerck zu verrichten. Wann aber anfänglich der Contract für beständig getroffen worden, da kan kein Theil mehr weichen, sondern, nachdeme die Obligation zu Scharwercken erloschen, Muß der Unterthan das bedungene Geld bezahlen, und kan ihme der Herr wider seinen Willen die Scharwerck in der Natur nicht mehr aufbürden; dann was ist denen Rechten ähnlicher, als jenes, was einmahl auf ewig beschlossen worden, fest halten? L. in princ. ff. de pactis. Sixtin. de Regal. lib. 2. cap. 13. n. 75. Frid. Husan. de prop. hom. cap. 6. n. 76. Balth. dict. cap. 16. vers. definiendo.

Du wirst widersetzen, dises seye wider die ausdruckliche Verordnung dises Art. in Versic. und ob gleich. Wo gesagt wird, wann schon die Unterthanen für die Scharwerck-Geld zu geben versprochen haben, daß sie doch alle Jahr von solchen Versprechen frey abweichen, und die Scharwerck wieder verrichten können, gleichwie hingegen auch dem Herrn erlaubt ist, daß er alle Jahr anstatt des Gelds, die Scharwerck begehren möge. Und wir antworten, dises seye also zu verstehen, wann kein ewiger Contract, sondern nur ein solcher geschlossen worden, der von jedem Theil kan aufgehebt werden, dann solchen Falls hat jenes Platz, was oben wir aus dem Knich. de vest. pact. part. 2. cap. 3. n. 69. allegirt haben, wann schon solch anstatt der Scharwerck bedungenes Geld in 30. Jahr lang durchgehends gleich bezahlet worden, daß nichts destoweniger doch jedem Theil allzeit noch frey stehe, von solchen Contract abzustehen, und die Scharwerck in natura zu præstiren, oder zu begehren. Welche Freyheit doch die Herren ihren Unterthanen meisterlich zu verschliessen wissen, nemlich wann sie ihnen neue Gebäu ankünden, und betrohen neue Gebäu aufzurichten, neue Sädel-Höff anzulegen, die Gestatt zu machen und dergleichen Werck, womit die Bauern und ihr Vieh biß auf das Bluth ausgesogen werden können. Fürwahr an vilen Orten haben einige Edel-Leuth durch dise und dergleichen Zwang-Mittel so vil erworben, daß sie von einem gantzen Hoff anstatt der Scharwerck 16. 18. 20. und mehr Gulden empfangen, wo der Durchlauchtigste Churfürst, der solche Mittel nicht hat, schwärlich 6. 7. oder höchstens 8. Gulden erhalten hat.

Wei-

Weiters wirst du anstehen, weilen der Art. simpliciter sagt, es stehe allzeit denen contrahirenden Partheyen frey, wann sie für die Scharwerck ein gewisses Stuck Geld pactirt haben, von solchen Contract abzuweichen, ist also uns nicht erlaubt dise des Gesatz General-Verordnung durch den Unterschied, ob das Pactum auf ewig, oder nur auf eine Zeit gemacht worden, umzustossen. Wir aber antworten, es seye nirgend verbotten, daß nicht der Herr einen oder den anderen aus denen Bauern, wegen seines Wohlverhaltens, wie wir oben schon angezeigt haben, von denen Scharwercken umsonst enthoben, und ihme die gantze Freyheit zulassen könne, warumen nun soll er nicht eben dises thun können um das Geld? Dann alle Pact müssen gehalten werden, wann sie schon denen Gesätzen, und Statuten zuwider gehen. Gail. 2. obs. 78. n. 9. wann sie nur nicht wider die gute Sitten lauffen, oder wider des gemeinen Weesens Nutzen. L. 3. ff. de negot. Gestor. Oder wider jenes, was in Gesatz und der Natur verbotten ist. L. pacta. 6. Cod. de pactis. Oder was turpem causam in sich hat. L. si unus. 27. §. pacta. 4. de Pact. Oder das gemeine Weesen nicht beschädiget. L. jus publicum 39. ff. de Pact. Oder die Substanz-Sach oder des Contracts nicht umstosset. L. cum precario 12. ff. de precar. cap. fin. X. eodem. deren keines in dem über die Scharwerck getroffenen Pact gefunden wird, weilen Geld für die Arbeit annehmen, nirgend verbotten ist, dises auch wider den gemeinen Nutzen, noch wider die gute Sitten lauffet, auch nichts sündhafftes in sich hat, wodurch solches könte ungültig gemacht werden, sondern allein ein Privat-Geschäfft antrifft, worüber ein jeder Mensch disponiren kan.

9. Du wirst sagen, daß, wann der Herr einen oder den anderen aus denen Bauern vom Scharwercken befreyet entweders umsonst, oder um ein Geld, er eben darum andere destomehr beschwere? Hierauf antworten wir: 1. Daß er andere in denen zum Bau des Sedel-Hoffs bestimmten Scharwercken härter nicht beschweren könne, weilen dise Arbeiten schon gemessen, oder auf eine gewisse Maaß eingeschränckt seynd, wie wir oben schon explicirt haben. Bey denen übrigen Vieh- und Hand-Scharwercken aber kan sich zutragen, daß wegen eines oder des anderen entweders umsonst oder um Geld beschehen Befreyung, denen übrigen dessen oder deren Theil zu wachsen, und also beschweret werden; Aber daß 2. deßwegen dem Herrn die Händ sollen gebunden werden, daß er dem anderen keine Gnad thun, und wegen Wohlverhalten vom Scharwercken nicht befreyen könne, dises haben wir nirgends geschriebener gefunden, absonderlich. 3. Weilen der Donations-Titul, in welchen dise Freygebigkeit einschlagt, zu jetziger Zeit schier in Abgang kommen, oder, damit wir besser reden, in Rauch verschwunden, und deßwegen ein grosses Præjudiz nicht zu beförchten ist. Hernach 4. præsupponiren wir, daß die Unterthanen wegen denen übrigen Scharwercken, welche zu des Herrn Hoff-Bau nicht gehören, ungemessen verbunden seyen. Wann nun schon wegen Befreyung ein und des anderen denen übrigen etwas weniges mehr zuwachset, so wachset doch solches nicht über die vorige Schuldigkeit zu, sondern nur per accidens, also, daß sie sich zu beschweren kein Ursach haben können. Dann allzeit 5. wir supponiren, daß der Herr glimpflich darein gehe, daß die übrige Unterthanen auch ihren Sachen vorstehen, und ihnen und denen ihrigen den nothwendigen Unterhalt beyschaffen können. Dann solchen Falls wird ihnen billig aus dem Evangelio vorgeworffen, ist wohl dein Aug ein Schalck, weil ich gut bin, ich bürde dir über deine Schuldigkeit nichts auf, warum willst du dann verhinderen, daß ich dem anderen durch die Befreyung von Scharwercken kein Gnad thun solle? Wann aber 6. der Herr für die Scharwerck Geld annimmt, so last die Sach unsers Erachtens einen Unterschied zu, von welchem der letzte Versicul. Aber kein Herr unsers Art. verordnet, wo

Dise Frag vorgestellet wird, ob der Herr von einem oder einigen aus denen Unterthanen für die Scharwerck Geld forderen könne? Und von denen anderen die Scharwerck selbsten in natura? Und der Art. antwortet mit Nein, aus Ursach, weilen unter denen Unterthanen eine Gleichheit müsse gehalten werden. 10.

Du wirst sagen, aus disem folge, daß der Herr keinem die Freyheit vom Scharwercken zugeben könne, ausser er gebe auch denen übrigen die Freyheit. Die Ursach ist, damit die Gleichheit gehalten werde. Fürwahr aber dises ist das Absehen unsers Art. nicht. Die Ungleichheit welche der Art hat aufheben wollen, muß in dem bestehen, damit nicht, da ein Theil Geld bezahlet, der andere aber zu ungemessenen Diensten angehalten wird, zu sehr beschweret werde. Es befihlt also der Art. daß unter denen Unterthanen einer Hoff-March oder Gemeind dise Gleichheit beobachtet werde, daß entweders alle die Scharwerck in natura verrichten: oder gleicher Gestalten solche mit

Geld bezahlen sollen, daß aber der Herr nicht berechtiget seyn soll, einem oder dem anderen wegen Wohlverhalten die Freyheit vom Scharwercken zu geben, und also über sein Sach frey zu disponiren, das ist in unserem Art. nicht enthalten, welcher vom Brauch und Observanz informirt seyn will, wird vom 13. Jahr hundert, und von Zeit des Kaysers Ludovici biß auf jetzige Zeiten sehr vile Casus welche von denen zu disem Werck deputirten Herren Commissarien vor 30. Jahren erzehlte Casus finden, in welchen die Fürsten absonderlich zu milden Stifftungen für dergleichen Freyheiten und Immunitäten sonderheitlich Privilegia ertheilet haben, und noch ertheilen, daß also einer unsinnig wäre, der das Widerspiel behaubten wolte.

Wir gehen also zuruck auf unseren Unterschied, und sagen, entweders will ein Herr mit einem oder dem anderen seiner Bauern eines Dorffs, Hoff-Marchs, oder Gemeind bedingen, daß sie ihme auf gewisse Jahr, oder auch auf beständig ein gewisses jährliches Geld für die Scharwerck bezahlen, die übrige aber die Scharwerck wie vorhin, also auch künfftig in natura zu verrichten schuldig verbleiben sollen? Und wir sagen, daß dises wider die ausdruckliche Verordnung unsers Art. und also unerlaubt seye. Wann aber der Herr einem die beständige Freyheit um ein gewisses Geld oder um andere Satisfaction verkauffen will, so sehen wir kein Ursach des Verbotts, dann wann er, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, solche Freyheit umsonst gestatten kan, warum nicht auch um das Geld? Hernach haben wir schon oben bey dem 3. Art. gesagt, daß einer durch mehrere Titul anstatt ungemessener Scharwerck, gemessene erwerben könne, worumen also nicht auch die völlige Freyheit? Es kommt uns also sehr ungeschickt vor, wann zum Exempel der Herr einem gantzen Bauern die Freyheit vom Scharwercken um 30. Gulden verkaufft, daß die andere Bauern begehren sollen, daß, weilen sie gleichen Gerichters seynd, ihnen auch solcher Verkauff zukommen solle. Wir widerholen doch allzeit den vorigen Vorbehalt, daß die übrige Unterthanen, so zu Scharwercken verbunden seynd, in ihr und der ihrigen Unterhaltung wegen überflüssigen Scharwercken nicht gehindert werden sollen, daß sie dannoch ihrer und der ihrigen Nahrung auch nachkommen, und abwarten mögen, wie der 4. Art. zu Ende sagt.

11. Wir haben bißhero allzeit von mehreren in einem Dorff, Hoff-March, oder Gemeind wohnenden Bauern geredt, dann, wann der Herr neben solchen auch andere einschichtige zum Hoff-March oder Gemeind nicht gehörige Unterthanen hat, stehet ihme frey, von solchen einschichtigen Unterthanen mit ihrer Einwilligung anstatt der Scharwerck Geld zu begehren, und anzunehmen, und können die Hoff-Marchs-Unterthanen ein solches zu keiner Consequenz ziehen, und vom Herrn nicht begehren, daß er von ihnen auch das Geld annehmen solle. Aus Ursach, weilen die Ursach nicht verhanden ist, wegen welcher unser Art. das Verbott gethan hat, daß der Herr Theils Geld, und Theils Scharwerck in natura nicht begehren könne, weilen jenen, die Scharwercken müssen, der übrigen Antheil, welche darfür Geld bezahlen zuwachsete, der ausser der Hoff-March oder Gemeind wohnenden Bauern Schuldigkeit aber, hat mit deren Hoff-Marchs-Unterthanen Schuldigkeit keine Gemeinschäfftlichkeit, sondern ist ein gantz absonderliches Recht, wie ihre Güther von der Hoff-March abgesöndert seynd. Hindert also nichts, daß nicht der Herr mit solchen ins besonder handlen, und wegen Bezahlung gewissen Gelds für die Scharwerck etwas verordnen könne, welches denen Hoff-Marcks-Unterthanen keinen Schaden bringt.

Gleichwie aber, wie erst ausgelegt worden, der Herr nicht berechtiget ist, von einigen Unterthanen aus einer Hoff-March und Gemeind die Scharwerck, und von denen anderen Geld zu begehren, also, wann einmahl der Herr mit denen Unterthanen pactirt hat, daß sie für die Scharwerck Geld bezahlen sollen, so muß solch gemeinsamer Contract auch wider gemeinschäfftlich aufgehebt werden, es kan auch der Herr einem oder dem anderen insonderheit das Geld nicht nachlassen, und die Scharwerck dargegen begehren, dann die übrigen das Geld erlegen müssen, damit nicht einerseits jenes zugelassen werde, was dißseits verbotten ist; dann es wird verordnet, daß alle Hoff-Marchs-Unterthanen entweders die Scharwerck verrichten, oder alle für solche das Geld bezahlen, also auch, wann einmahl das Geld bedungen worden, so kan solches nicht mehr ausser völlig in die alte Schuldigkeit die Scharwerck selbsten zu verrichten umgekehret werden. Weilen aber die Bauern so halsstärrig und zum widersprechen so geneigt seynd 12.

Wird hier gefragt, was Rechtens und zu thun seye, wann die Bauern ihren Willen nicht darein geben? Wir wollen das erste Exempel setzen, daß der Titius in seiner Gemeind oder Hoff-March 20. Bauern habe, welche für die Scharwerck Geld geben wollen, aber 10. oder weniger seynd, 13.

seynd, welche dises gar nicht thun; und es scheinet, weilen die Sach alle angehet, daß dem mehreren Theil die mindere folgen müssen, Krafft des Text in L. cùm quidam 34. §. 3. ff. de acquirend. hæred. L. 3. ff. ad Maced. L. quod major 19. ff. ad municip. L. pompon. 36. L. duo 39. ff. de re Jud. L. diem 27. §. si plures. ff. de recept. art. Dessen doch ohnerachtet wir, daß die mehrere Stimmen nicht Platz haben der sehr bekannten widrigen Regul in cap. quod omnes 29. de R. J. in 6. L. fin. Cod. de auth. præst. L. concedendo. 8. ff. de aqua pluv. arcend. daß jenes, was alle insonderheit angehet, von allen müsse sonderheitlich gut geheissen werden. Aber die Abänderung der Scharwerck in eine Geld-Reichung trifft alle Unterthanen ins besonder, also muß sie von allen insonderheit approbiret werden. Unser Art. stimmet mit disem ein, welcher den Consens des Herrn und aller Unterthanen simpliciter erfordert, und nicht allein des Herrn und der mehrern aus denen Unterthanen. Wann du sagest, daß dises eine Gemeinds-Sach seye, und deßwegen, gleichwie in Privat-Sachen der Consens aller insonderheit erfordert wird, also in Gemeinds-Sachen genug seye, wann die mehrere consentiren. Wir aber antworten, daß bey Leistung der Scharwerck auf keine Weiß auf die Gemeind gesehen werden könne, weilen ein jeder eine besondere Schuldigkeit hat, wie ein jeder ein besonderes Guth besitzt, in Ansehung dessen er zum Scharwercken verbunden ist. Hernach seye es, daß unter denen Bauern einiger massen wegen der Scharwerck was gemeinschäfftlich seye, weil einer von dem andern nicht kan beschweret werden, sondern alle gleich müssen gehalten werden, so hat doch auch in Gemeinschaffts-Sachen jener das bessere Vorrecht, der nicht einwilliget, sondern widerspricht, als der consentirt, melior est conditio contradicentis & prohibentis cap. in re. 56. de R. J. in 6. L. parietem. 7. ff. de servit. urb. præd. L. sabinus 38. ff. commun. divid. welches die Bauern selbsten gut wissen. Dann da im Jahr 87. dises Jahr hundert wegen regnerischen Wetter das Graß häuffig wachsete, daß das Vieh überflüssige Weid hatte, hat die gantze Gemeind im Dorff S. von uns Erlaubnuß begehret, einen grossen Theil des Vieh-Triebs abmehen zu dörffen, um sich für das künfftige, wann etwann ein truckener Sommer kommen solte, mit dem Futter vorzusehen: Hat einer allein aus denen Bauern aus purer Halsstärrigkeit und villeicht auch aus Neyd, damit die Söldner nicht auch etwas davon bekommen, wodurch sie ein oder die andere Kuhe unterhalten könten, solches widersprochen, worauf wir doch kein Acht gegeben, Krafft des L. Fistulam 18. §. fin. ff. de servit. urb. præd. weilen sich handgreifflich gezeiget hat, daß disem Bauern durch sothane Erlaubnuß lediglich gar kein Schaden zugehe.

Was ist aber in dem anderen Casu zu sagen, wann nemlich ein Theil von dem bedungenen Geld die Scharwerck abstehen, der andere Theil doch bey der Geld-Liefferung noch ferners verbleiben will? Und wir vermeynen, daß der unter dem Herrn und unter denen Unterthanen geschlossene Contract nicht für einen untheilbaren Contract zu halten seye, sondern für so vil Contract, so vil contrahirende Personen gewesen, dann eines sein Handel mit des anderen nichts gemeinsames hat. Aus welchem folget, daß der grössere Theil des minderen Willen nicht verhinderen könne. Wann man sagt, daß hieraus erfolge, jenes Platz zu finden, was oben verbotten ist, nemlich daß ein Theil der Unterthanen wird die Scharwerck verrichten, der andere aber das Geld bezahlen. Dises aber lassen wir nicht zu, wegen der Ungleichheit, welche unter denen Unterthanen und der Gemeind entstehen wurde. Ist also zu sagen, daß, gleichwie die Schuldigkeit das Geld für die Scharwerck zu zahlen hat müssen von allen Unterthanen, keinen ausgenommen, eingangen werden müssen, also auch, nicht zwar von Rechts wegen, welches besagter massen das Widerspiel einrathet, sondern ex jure correlativorum hingegen die Auffkündung wider von allen zugleich geschehen müsse: Oder für gewiß, weilen eine Sach leichter in vorigen Stand zuruck gehet, als davon abweichet, so ist zu sagen, daß der jenige Theil mehrer zu consideriren seye, welcher wider die Scharwerck verrichten will, als jener, der bey Bezahlung des Gelds zu beharren gedenckt. Damit wir diser Beschwernuß entgiengen, haben wir uns mit unsern Unterthanen des Dorffs H. verglichen, daß sie vom Contract nicht mehr abweichen können, ausser sie wollen alle insgemein davon abstehen. Aber du geneigter Leser bilde dir über dise in unsern Bayerischen Statuten nicht decidirte Frag ein, daß dises eine täglich fürfallende Materi seye, und gar leicht sich zutragen könne.

Der neunte Articul.

Wo die Scharwerck der durchgehenden Gerichts-Obrigkeit anhängig, so mag dieselb keinem anderen, welcher der Unterthanen Gerichts-Herr nicht ist, ohne die Gerichtbarkeit verkaufft werden, ist aber die Scharwerck allein der Vogtey anhängig, so mag der Vogt-Herr dieselbe samt der Vogtey, wohl einem andern verkauffen.

Summaria.

1. Ob das Recht die Scharwerck zu begehren, einem anderen verkaufft werden könne?
2. Was für ein Unterschied seye unter der *Jurisdiction* und der Vogtey, und von welcher die Scharwerck abhangen?
3. Ob wegen allen Vogtey-*Prästationen* das *Privilegium* der 4ten Stell bey der Gant zustehe?
4. Ob der Herr, der eine durchgehende Obrigkeit hat, die Scharwerck ohne mit Verkauffung der Obrigkeit verkauffen könne?
5. Ob der Herr die Scharwerck verkauffen könne bey einschichtigen Güthern, wann damit auch die einschichtige *Jurisdiction* verkaufft wird?
6. Ob dem Herrn erlaubt seye, die *Jurisdiction* samt dem Scharwerck zu verkauffen, das Guth aber doch zu behalten?
7. Ob ein Edelmann in einem Guth die *Jurisdiction* haben könne des Eigenthum er nicht hat, und welche Dienst Vogt-Scharwerck genennet werden?
8. Ob der Herr die Scharwerck, die er nicht nöthig hat, einem andern vermüthen könne?
9. Was Rechtens, wann der Herr einem die gantze Hoff-March vermüthet, ob auch die Scharwerck vermüthet seyen?
10. Ob die Scharwerck auch auf die Handwercks-Arbeiten sich erstrecken?
11. Was Rechtens, wann der Bauer das Eigenthum des Guths, woraus er Vogtey-Scharwerck verrichten muß, an einen der *privilegirten Jurisdiction* fähigen Edelmann verkaufft, ob ein solcher Edelmann Krafft des *Privilegii* die Scharwerck erwerbe, zu *Præjudiz* des Vogtey-Herrn?
12. Wann ein *privilegirter* Edelmann ein Guth kaufft woraus kein Gült bezahlet wird, ob er die *Jurisdiction* habe, wann er alle Früchten genießt?

1. Ein eintzige Frag wird in disem Art. vorgestellet, und aufgelöst, ob nemlichen das Recht die Scharwerck zu forderen einem andern verkaufft werden könne? Und es wird geantwortet, daß, weilen die Bauern-Scharwerck von der Jurisdiction als ein Effect von seiner Causa abhangen, solcher Verkauff nicht geschehen könne, wann nicht zugleich auch die Jurisdiction verkaufft werde, dann gleichwie eine Causa ohne Effect nicht seyn kan, Arg. L. ex stipulato 14. §. Divus. ff. ut leg. caus. nem. interdic. arg. L. non cogendum. §. fin. ff. de procurat. Und wann die Causa vorhanden, der Effect folgen muß. Wesenbec. n. 9. ad S. C. Maced. Also auch im Gegenspiel ist kein Effect wo keine Causa ist. Beuth. de jure prælat. part. 2. cap. 1. Everhard. in loc. legat. loc. ab effectu.

2. Doch macht der Art einen Unterschied, der aber sehr obscur ist, ob nemlich das Scharwerck-Recht Jurisdictioni Bassæ, der durchgehenden Gerichts-Obrigkeit, oder der Vogtey anklebe, aus disem nun entspringet ein nicht geringer Zweiffel, was hier unter dem Wort Vogtey verstanden werde, und was für ein Unterschied seye, unter der Vogtey und durchgehenden Obrigkeit? Welches nun klärer zu verstehen aus dem Magero de Advocatia armat. cap. 8. à n. 202. usque ad. n. 240. setzen, es seye bekannt genug, daß dise Wort: Vogt- und Vogtey schier eine unzahlbare Auslegung haben, meistens doch begreiffen sie in sich eine Jurisdictions-Gattung. In unsern uralten Statuten-Buch von Anno 1384. finden wir dises Wort gar nicht, dessen ist kein andere Ursach, als daß besagter massen vor uralten Zeiten alle Jurisdiction denen Fürsten zugehöret habe, welche nicht ihnen, sondern denen Unterthanen Gesatz gemacht haben. Nachdeme aber allgemach die Jurisdiction auch denen Lands-Ständen mitgetheilet worden, so ist in dem Buch der erklärten Lands-Freyheit auch der Vogtey öffters gedacht worden, und wird Art. 30. part. 2. darfür gehalten, daß in unsern Vatterland die Vogtey unterschiedlich seye, also daß nicht eine jede Vogtey die Jurisdiction mit sich bringt. Dise Wort seynd aus dem älteren Buch de Anno 1555. Art. 30. part. 2 genommen worden, wo in specie gesagt wird, daß, wann ein Edelmann oder Prälat in denen Güthern, welche ihnen als Vogt-Herrn zugehören, inner 10. Jahren die Jurisdiction und die Scharwerck gehabt, und ohne Contradiction exercirt haben, ein solcher in seiner ruhigen Quasi-Possession gelassen, und ohne Obrigkeitliche Untersuchung und Sentenz nicht vertrieben wer-

werden solle. Wann aber einige dergleichen Güther welche ihrer Vogtey unterworffen seynd, gehabt haben, woraus alle Jahr dem Vogt-Herrn nichts als ein Vogtey-Zinnß, oder Vogtey-Gült gereicht worden, alle Jurisdiction aber dem Fürsten zu gehört hat, auf solche giebt unser Art. kein Acht, weilen die Scharwerck dem Jurisdiction, und nicht dem Vogt-Herrn gebühren.

3. Mit Gelegenheit dises Art. begegnet uns ein nicht geringer Zweiffel, welchen wir unberührt nicht lassen können. In dem 9. Art. 2. Tit. des Gandt-Proceß wird zu End gesagt, daß die Vogtey-Gülten bey dem Concurs der Glaubiger und Gandt-Proceß in die vierte Stell gehörig seyen, aber erst nach der Grund-Herrn Gülten, Krafft der Worten: die Vogtey-Gülten gehören auch in dise Stell, aber erst nach dem Grund-Herrn. Weilen nun in Krafft dessen was wir bißhero ausgelegt haben, und besag des klaren Text des 30 Art. part. 2. der erklärten Lands-Freyheit die Vogtey-Güther sonderheitlich von doppelter Gattung seynd, einige, bey welchen denen Edelleuthen die Jurisdiction samt denen Scharwercken gebührt, wann sie nehmlich die Jurisdiction und die Scharwerck 10. Jahr lang exercirt haben, einige aber, aus welchen allein jährlich ein blosse Vogtey-Gült gereicht wird, wo übrigens die Jurisdiction und Scharwerck dem Lands-Fürsten, oder einem andern zu gehörig ist. Wird demnach gefragt, ob die Freyheit der 4ten Stell denen Vogtey-Gülten ohne Unterschied zu stehe, oder nur allein denenjenigen, welche die Jurisdiction und Scharwerck 10. Jahr lang exercirt und ruhiglich inngehabt haben? Wir seynd bey Auslegung des bemeldten 9. Art. unter dem Wort Vogtey-Gülten allzeit bey disen Worten verblieben, daß der Art. zu verstehen seye von jenen Vogtey-Gülten, welche Krafft der Jurisdiction gereicht werden, gleichsam als hätte der Gesatz-Geber den Grund-Herrn und Jurisdictions-Herrn in etwas gleich halten wollen, also daß zwar der Grund-Herr dem Jurisdictions-Herrn vorgezogen werde, doch aber die 4te Stell ihnen gemeinschäfftlich seyn solle; Weilen aber besagter massen auch Vogtey-Gülten sich ergeben, welche ohne Jurisdiction seynd, so wird billig gezweiffelt, ob auch solche der vierten Stell fähig seynd? Und es scheinet man könne mit Ja antworten, weilen bemeld 9ter Art. ohne Unterschied redet, von den Vogtey-Gülten. Muß also auch ohne Unterschied von jenen Gülten verstanden werden, welche ohne Jurisdiction villeicht wegen einer vogteylichen Beschützung geliefert werden müssen. Dann warumen soll nicht gesagt werden können, daß solche Gülten ein Grund-Recht in sich enthalten, welchem der Gesatz-Geber die Freyheit der 4ten Stell nicht weniger als übrigen Jurisdictions-Præstationen hat zu lassen wollen? Uns aber kommt die widrige Meynung wahrhaffter vor, daß nehmlich die Vogtey-Gülten, welche von der Jurisdiction nicht abhangen, die Freyheit der 4ten Stell nicht haben; Aus Ursach, weilen dise Freyheiten zu Præjudiz anderer Glaubiger lauffen, seynd also nicht zu weit zu extendiren. Andertens ist eine allgemeine Regul, daß ein stillschweigende Hypothec ohne ausdrucklichen Rechts-Text nicht zu zu lassen seye, also noch weniger die Freyheit der 4ten Stell, welche als ein Vorrangs-Freyheit den Glaubigern weit schädlicher ist, als ein stillschweigende Hypothec. Endlich 3. siehet das Privilegium der 4. Stell allein auf die herrschafftliche Gülten. Weilen nun zwey Herrn seynd, nehmlich der Grund, und Jurisdictions-Herr, so scheinet es, daß diser beyden Gülten gleich gehalten, und der Freyheit der 4. Stell einverleibt worden, aber ein solcher, der nur die blosse Vogtey-Gülten hat, villeicht wie wir gesagt haben, wegen eines Beschützungs-Recht, kan kein Jurisdictions-Herr genennt werden, sich also auch der Freyheit der 4. Stell nicht erfreuen. Ja wir zweifflen gar nicht, daß solche Vogtey-Gülten nur unter die gemeine Personal-Glaubiger gehören, weilen wir nicht finden, aus was Ursach sie ein bessers Recht haben sollen, wann sie keine herrschafftliche Gülten seynd. Wir haben keinen Casum finden können, wo über dise Frag eine Meldung geschehen ist, und dahero lassen wir eines jeden Meynung frey. Nun auf das vorige zu kommen.

Vermeynen wir, daß der Unterschied unsers Art. also zu verstehen seye, daß, wann 4.
einer die Universal-Jurisdiction, das ist, die durchgehende Gerichts-Obrigkeit zum Exempel in einer Hoff-March besitzt, der kan die Scharwerck nicht verkauffen, ausser er thue zugleich auch die ihme über die Hoff-March zu stehende Jurisdiction verkauffen. Aus Ursach, weilen dise durchgehende Gerichts-Obrigkeit die Gebehrerin der Scharwercks-Gerechtigkeit ist, dahero, wann die Jurisdiction beybehalten wird, die Scharwerck einem anderen nicht können abgetretten werden.

Und dises verstehe dahin, es mag der Hoffmarchs-Herr alle Scharwerck zugleich, oder nur etwelche Particular-Scharwerck verkauffen wollen, zum Exempel wann er ein oder den andern rebellischen Hoffmarchs-Unterthanen hat, dann er kan nicht desselben schuldige Scharwerck einem andern verkauffen, er thue dann auch zugleich die völlige Hoffmarchs-Jurisdiction, von welcher auch dises oder des andern Particular-Unterthanens

nens Scharwerck abhangen, verkauffen, und das bringen mit sich die Wort des Art. So mag die Scharwerck keinem anderen verkaufft werden, welcher der Unterthanen Gerichts-Herr nicht ist, ohne die Gerichtbarkeit, das ist, ohne die durchgehende Gerichtbarkeit, dann dise ist untheilbar, und last keine Abtheilung zu. Hingegen, wann einer die Jurisdictions nicht durchgehends hat, sondern solche ist nur ein Particular-Jurisdiction, so kan er Krafft des 30. Art. part. 2. der erklärten Lands-Freyheit, auch die Scharwerck besonders verkauffen, wann er zugleich auch die über solches Particular-Guth habende Jurisdiction nicht verkaufft. Und wir vermeynen daß dises die wahre Auslegung und Verstand dises Art. seye, welchen wir mit etwelchen Exemplen erklären werden.

5. Setze also erstlich, es habe ein Hoffmarchs-Herr neben denen Hoffmarchs-Unterthanen, auch andere einschichtige Güther und Unterthanen, welche unter die Hoffmarchs-Unterthanen nicht gehören; Gewiß ist, daß er berechtiget, solch einschichtige Güther, ohne die Hoff-March mit zu verkauffen, verkauffen zu können: Aus Ursach, weilen sie mit der Hoff March nicht verknüpfft seynd, sondern der Herr über solche Güther gehalten wird, als ein Particular-Vogt-Herr. Er kan also dergleichen einschichtige Güther besonders verkauffen mit samt denen Scharwerckeren, doch also, daß mit solchen Scharwercken auch solche Particular-Jurisdiction, welche dem Herrn in solch einschichtigen Guth zu stehet, verkaufft werde. Dann gleichwie bey denen Güthern, welche einer Universal-Jurisdiction unterworffen seynd, die mit Verkauffung der durchgehenden Gerichtbarkeit erfordert wird, also auch erfordert die Verkauffung der einschichtigen Jurisdiction, damit allzeit die Causa den Effect begleite.

6. Wir zweifflen zwar 2. ob unser Art. unter dem Unterschied der Verkauffung der Scharwerck, welche von der durchgehenden Gerichts-Obrigkeit abhangen, und unter der Scharwerck so von einer Vogtey entspringen, recht verstanden werden könne von den Edelleuthen einschichtigen Güthern? Weilen die Albertinische Freyheit, welche genennt wird der sechzigiste Frey-Brieff, oder die sechzigiste Hand-Vest, denen Edelleuthen kein blosses Vogtey-Recht zu eignet, sondern die Hoffmarchs-Jurisdictions, welche ja ein fürnehmeres Recht ist, als das Vogtey-Recht, nichts desto weniger, weilen die Verordnung des Art. durch dergleichen einschichtige Unterthanen am besten ausgelegt werden kan, sagen wir, daß kein Edelman in dergleichen einschichtigen Güthern, wann er ihme seine Particulat-Jurisdiction vorbehaltet, die Scharwerck einem anderen verkauffen könne, eben der Ursach willen, weilen der Affect von seiner Causa nicht kan abgesöndert werden. Er kan auch die Jurisdiction mit samt denen Scharwercken nicht verkauffen, wann er das Guth beybehaltet. Aus Ursach, weilen die Albertinische Freyheit keinem andern zu stehet, ausser, welcher zugleich das Guth besitzt, in Ansehung dessen die Jurisdiction denen Edelleuthen zu gelassen worden. Wann aber einer das Guth selbsten samt der Jurisdiction, und denen Scharwercken verkaufft, wird ein weiterer Unterschied gemacht, ob der Verkauff in eines befreyten Edelmanns Hand geschehen, oder in die Hand, der diser befreyten Jurisdiction nicht fähig ist? In dem ersten Fall ist kein Zweiffel, daß nicht mit dem Guth die Jurisdiction und Scharwerck zugleich dem Edelmann zu komme; ja wann schon die Jurisdiction, und Scharwerck in den ausdrucklichen Verkauff nicht kommen seynd, so werden sie doch darfür gehalten ipso jure eingeschlossen worden zu seyn. Weilen der Käuffer, da er das Guth bekommt, als eine befreyte Persohn aus eignen Recht die Jurisdiction, und folglich auch die davon abhangende Scharwerck erwirbt. Es nutzt auch dem Adelichen Verkauffer nichts, wann er ihme in dem verkaufften Guth die Jurisdiction samt denen Scharwercken ausdrucklich vorbehaltet, weilen eine solche Vorbehaltung unnutzlich ist. Weilen die Albertinische Freyheit præsupponirt, der Edelmann seye über jenes Guth, in welchem er die Jurisdiction behaupten will, Herr, hier aber wird gesetzt, das Guth seye verkaufft, und folglich die Herrschafft vergeben seye. In dem Casu, wo der Verkauff an einen solchen geschehen, der der privilegirten Jurisdiction nicht fähig ist, der wird zwar Herr über das erkauffte Guth, die Jurisdiction aber fallt dem Lands-Fürsten zu, und mit solcher auch die Scharwerck, welche von der Jurisdiction nicht können abgesöndert werden.

Man wird fragen 3. Wann die Jurisdiction, welche man über einschichtige Güther hat, unter disem Art. nicht enthalten wird, was für Güther dann sollen unter dem Wort der Vogtey-Güther, und was für andere Scharwerck sollen unter dem Wort der Particular-Vogtey-Scharwerck verstanden werden? Dises zu erklären, wollen wir einen Discurs erzehlen, welchen wir mit einem anderen Chur-Fürstlichen Hoff-Rath einen gelehrten und in unsern Vatterland sehr erfahrnen Mann nicht unlängst hin gehabt haben. Dann diser ware der Meynung, daß in unsern Vatterland in den einschichtigen Güthern keinem, wann er schon ein Edelmann und also ein privilegirte Persohn ist, ein Jurisdiction zu stehe, wann er 7.

nicht

nicht zugleich der eigenthumliche Herr des Guths ist; disem haben wir solches widersprochen aus diser wahrhafftisten Ursach, weilen dise Freyheit der zustehenden Jurisdiction in deren Edel-Leuth eigenthumliche Güthern erst seinen Ursprung im Jahr 1557. angefangen hat, wo hingegen der 20. Art. part. 2. der erklärten Lands-Freyheit, welcher die Jurisdiction, so in denen Vogtey-Güthern von 10. Jahren ruhiglich exercirt worden, bestättiget, weit älter ist, und dise Freyheit nicht allein denen Edel-Leuthen, sondern auch denen Prälaten zulasset, wie wir allda weitläuffiger auslegen werden. Aus welchem nothwendig folgt, daß auch noch andere Güther seyen, in welchen Krafft der Vogtey die Jurisdiction Platz habe, wann schon solche Güther einem anderen eigen seynd. Wir haben ein perfectes Exempel in unserm Dorff P., welches unsern Art. verwunderlich erklärt. Dann siehe alldort haben wir die durchgehende Hoff-Marchs Gerichts-Obrigkeit, krafft welcher uns alle Jurisdictio Bassa genannt zustehet, nicht allein über die Unterthanen, welche uns eigenthumlich jure Dominii zugehören, sondern auch über andere, welche allda zu Pfarr, und andere Prälaten gehörig seynd, dise thun uns ohne Wiederred scharwercken; dise Scharwerck nun können wir nicht verkauffen, ausser wir verkauffen zugleich auch die Hoff-March selbsten, und die uns krafft derselben zustehende vollständige Jurisdiction; Es seynd aber in benachbarten Dörffern einige Baurn, welche von unfirdencklichen Zeiten hero allzeit als Vogtey-Unterthanen in die Hoff-March P. gehöreten, also daß sie zu P. jederzeit Recht geben, und genommen haben. Dise Unterthanen nun thun krafft der Jurisdiction, welcher sie sich zu P. bedienen, ohne Wiederred mit denen übrigen Unterthanen die Scharwerck verrichten, welche wir nicht verkauffen können, wann wir nicht die Vogtey zugleich verkauffen, in Ansehung dessen uns die Jurisdiction gebührt. In Oberlands Bayrn gibt es solche Unterthanen weniger, in Unterland aber mehrere, also daß wir öffters gesehen haben, daß bey der Regierung Landshut für dises Recht gesprochen worden. Dahero der Art. gantz recht unter der vollständigen, und unter der Vogtey-Jurisdiction einen Unterschied machet, daß die Scharwerck absonderlich nicht verkaufft werden können, wann nicht zugleich die Jurisdiction verkaufft werde, krafft welcher die Scharwerck verrichtet werden müssen, es mag hernach solche Jurisdiction ein durchgehende Gerichts, oder Vogtey-Jurisdiction seyn.

Ein andere Frag ist, und zwar eine schwerere, ob der Herr die Scharwerck vermüthen könne, welche er nicht nöthig hat? Wir wollen hier wegen der Libertorum-Diensten nicht vil disputiren, weilen, wie wir schon oben gesagt haben, solche mit denen Scharwercken unserer Baurn nichts gemeinschäfftliches haben, sondern halten simpliciter darfür, daß unseren Statuten, und des Vatterlands Gewohnheit conform seye, daß, wann der Herr die Scharwerck nicht nöthig hat, er solche nicht vermüthen, noch einen anderen überlassen könne, aus nachfolgenden Ursachen. Erstlichen, weilen die Scharwerck dem Herrn nicht zum Gewinn, sondern allein zur Leibs und Hauß Nothdurfft dienen müssen, wie wir bey dem 1. Art. ausgelegt haben. Wann aber der Herr solche nicht nöthig hat, und solche vermüthen, oder einem anderen überlassen, so bekennt er eben darum, daß er sie nicht nöthig habe, kan also solche nicht erfordern. Hernach 2. seynd die Scharwerck Real-Dienst, und hangen ab von denen Güthern, und also dem jenigen müssen verrichtet werden, dem die Güther zugehören; Coler. de process. execut. part. 1. cap. 9. n. 70. Endlichen 3. seynd die Scharwerck zum Dienst des Herrn, weilen die Unterthanen auf jedmahliges Begehren gehorsam, und die Scharwerck verrichten müssen. Gail. lib. 1. obs. 17. n. 8. & lib. 2. obs. 62. n. 12. Coler. loc. cit. n. 13. Was aber nur zu Diensten stehet, das kan dem anderen nicht abgetretten werden. L. si non sortem. 25. §. libertus 12. ff. de condict. indeb. Daß vile Rechts-Gelehrte das Widerspiel halten, ist Ursach, weilen sie supponiren, daß der Scharwerck Schuldigkeit aus einem mit denen Baurn gemachten Pact oder Bedingnuß entspringe, welches wann wahr wäre, so bekenneten wir freywillig, daß sie vermüthet oder einem anderen auf zerschidene Weiß abgetretten werden könten; wie wegen denen Gült-Scharwercken die Sach klar ist, weilen sie ein Theil der Gült seynd, gleichwie nun die Gült selbsten nach Gefallen einem anderen überlassen werden kan, also auch die Gült-Scharwerck, weilen deren Schuldigkeit bedungen worden. Aber unsere Scharwerck entspringen aus keinem Pact, der mit denen Baurn eingangen worden, sondern entspringen von Rechts wegen als eine Würckung der Jurisdiction, und können dahero von der Jurisdiction nicht abgesöndert, und einem anderen, der die Jurisdiction nicht hat, nicht abgetretten werden, wie wir in vorigen Art. vom Verkauff gesagt haben. 8.

Unterdessen lassen wir difes gern zu, daß, wann ein Herr, wie sich gar offt zugetra- 9.

getragen hat, seine villeicht zu weit entlegene Hoff-Marck und Zugehör einem anderen mit allen Rechten und Gerechtigkeiten, und insonderheit auch die Jurisdiction vermüthet, solche Vermuthung erlaubt und gültig seye, auch die Scharwerck in sich begreiffe. Aus Ursach, weilen die Scharwerck von der Jurisdiction ohnabsönderlich abhangen; wann also die Jurisdiction zugleich mit denen Güthern vermüthet worden, so seynd eben darum auch die Scharwerck vermüthet, wann schon von solchen insonderheit nichts gemeldet worden, dann eines hangt am anderen.

10. Letztlichen, wann einer in diser Frag reflectiren wollte auf den Unterschied inter operas fabriles sivè artificiales, & officiales, sivè obsequiales, wovon in dem Titul de operis libertorum gehandlet wird, der muß frey bekennen, daß unsere Baurn Scharwerck mehr mit denen obsequialibus als artificialibus über eins kommen, die Obsequial-Dienst aber können nicht abgetretten werden. L. si non sortem 25. §. libertas 12. ff. de condict. indeb. Weilen sie der Persohn ankleben, der man solche schuldig ist. L. operæ 9. §. 1. ff. de oper. libert. L. unica §. ne, autem. Cod. de cad. tollend. Also auch unsere Baurn Scharwerck nicht. Lese über dise Frag den Berlich. in decis. aur. decis. 67. per tot. Balthasar. cit. cap. 16. §. alii. Maul. de homag. tit. 4. n. 14. Husan. de prop. homin. cap. 6. n. 74.

11. Wir müssen hier zwey Casus noch gelegentlich beysetzen, welche die Materi der Vogt-Scharwerck, und der Particular-Jurisdiction, die wir bißhero ausgelegt haben, besser erklären. Der erste ist, weilen meistens die Vogtey-Scharwercken aus solchen Güthern præstirt werden, welche mit vollständigen Recht, Eigenthum, und Herrschafft denen Bauern, die solche besitzen, zugehören, wann nun ein solcher Bauer das Eigenthum, und Herrschafft an einen Edelmann verkaufft, der der Edelmanns Freyheit fähig ist, diser aber nachgehends das Guth einem anderen als Erb- oder Leib-rechtig überlaßt, und daraus Stifft und Gült nimmt; so entstehet die Frag, wem über solchen Unterthanen die Jurisdiction gebühre, und wem die davon abhangende Scharwerck verrichtet werden müssen? nemlich dem Edelmann, der gantz neu das Eigenthum, und Herrschafft erworben hat, oder dem Vobtey-Herrn, der die Jurisdiction, und die Scharwerck vom alten her gehabt hat? Es wird sich ja der Eigenthums-Herr der Albertinischen Freyheit bedienen, dessen Würckung auch nichts abzugehen scheinet, weilen er des Guths-Herr ist, und vom Unterthanen die jährliche Stifft und Gült einziehet. Dessen doch ohnerachtet, kommt uns wahrhaffter zu seyn vor, daß dem vorigen Vogtey-Herrn sein Recht ohnbekränckt verbleibe. Dann Krafft des 30. Art. part. 2. der erklärten Lands-Freyheit, kan der Vogtey-Herr, der nebst denen Vogtey-Præstationen die Jurisdiction, und Scharwerck von 10. Jahren hero hergebracht hat, so gar vom Lands-Fürsten nicht mehr turbirt, und beunruhiget werden, also auch von einem anderen nicht. Es macht auch die Albertinische Freyheit zur Sach nichts, weilen sie zu Præjudiz des dritten nicht zugelassen worden, und nicht hat können zugelassen werden.

Man wird entgegen setzen, daß der Art. der erklärten Lands-Freyheit allein de possessorio rede, welches wahr ist, weilen aber von jener Zeit an, wodurch dem 10. Jährigen Besitzer die Freyheit der Vogtey-Jurisdiction, und der Scharwerck confirmirt worden, unterdessen ein unfürdenckliche Zeit, und schier 200. Jahr verflossen, so wird mich niemand bereden, daß des Gottseeligen Fürsten Alberti Absehen gewesen, dem jenigen, der neuerlich über die Sach Herr worden, jenes zuzueignen, was der andere über 100. Jahr ruhiglich besessen hat, das ist die Jurisdiction, und die Scharwerck? vor wenig Jahren, da zwey Edel-Leuth wegen der Jurisdiction über ein gewisses Guth streitteten, da beyde für sich actus possessorios hatten, und der andere absonderlich dises für sich hatte, daß er von dem in Stritt liegenden Bauern die jährliche Stifft und Gült erworben hatte; wir haben als referent darüber geantwortet, daß die Albertinische Freyheit dem Fürsten selbst und seinen Nachfolgern, nicht aber dem dritten præjudicire. Und also der erworbenen und exercirten durch rechtmässige Zeit fortgesetzten Jurisdiction durch das vom anderen Theil erworbene Eigenthums-Recht seine Krafft nicht benommen werden könne. Auf dises haben wir in eben jener causa, wovon wir handlen, gesehen, weilen wir vermeinen, gar gewiß zu seyn, daß der ältere Vogtey-Herr deme, so neuerlich das Eigenthum zugekommen, ohnerachtet der Albertinischen Freyheit, zu weichen nicht schuldig seye.

Der zweyte Casus ist diser gewesen, es hatte ein der Albertinischen Freyheit unfähiger Edelmann zwey gantz eigene Bauern-Höff, welche wir auf der Gaudt in dem Absehen, um unsern Sedel-Hoff darmit zu erweiteren, gekaufft. Wir haben also von dem Pflegs-Verwaltern verlangt, daß er uns Krafft der Albertinischen Freyheit die Jurisdiction abtrettete, welches er keck abgeschlagen hat, aus der Ursach, weilen 12.

die

die auf disen Güthern wohnende Bauern kein Erb- oder Leib-Recht darauf hatten, wir auch daraus kein jährliches Stifft und Gült zieheten. Und obwohlen wir entgegen gesetzt haben, daß wir in das künfftige dise beyde Güther durch unsere eigne Dienstbotten bemayren lassen, und wir solche Güther als einen Theil unsers Sedel-Hoffs geniessen wollen, daß also, gleichwie in unsern Sedel-Hoff, also auch in disen beyden Güthern mit allen Früchten, auch die vollständige Jurisdiction wir haben sollen, so haben wir doch den Herrn Pflegs-Verwalter nicht bereden können, daß mehr seye, alle Früchten geniessen, als nur die jährliche Stifft und Gült einnehmen, daß er endlich auch mir die Jurisdiction über meine eigne über den Sedel-Hoff bestellte Ehehalten disputirlich machete, welcher disput nachgehends sich geendet hat, da wir nach abgeänderten unseren vorigen Absehen, weilen dise Güther zu weit entlegen waren, in denenselben denen Bauern das Leib-Recht eingestanden haben.

Der zehendte Articul.

Stirbt ein Herrschafft, und seyn die Erben noch unvertheilt, so seyn die Unterthanen den Erben schuldig zu scharwercken, aller Maß und Gestalt, als wann derselben Erben, Vatter und Mutter noch lebeten. Werden aber die Erben vertheilt, sowohl der Gerichtbarkeit als Güther halben, so soll auch die Scharwerck getheilt werden.

Summaria.

1. Wann der Herr stirbt, und mehrer Erben hinterlaßt, wem und in wie weit die Unterthanen die Scharwerck verrichten müssen?
2. Wann das Guth bey allen Erben bleibt, ob die Scharwerck nach Nothwendigkeit aller müssen verrichtet werden?
3. Ob die *Jurisdiction* untheilbar seye, und mehrer Erben nicht zukommen könne?
4. Ob nicht die *Jurisdictions*-Früchten und also auch die Scharwerck abgetheilt werden, nach dem Gebrauch des Lehen-Hoffs?

1. ES geschieht offt, daß, wann einer aus denen Herrn stirbt, und mehrere Erben hinterlaßt, unter ihnen die Frag entstehe, wem, und in wie weit von denen Unterthanen die Scharwerck verrichtet werden müssen? und der Art. antwortet, mit einem Unterschied, ob die Erbschafft unzertheilt lige, oder ob unter denen Erben die Abtheilung geschehen? In dem ersten Fall, sagt der Text, es seyen die Unterthanen schuldig allen Erben zugleich die Scharwerck zu verrichten, nicht anderst als wann ihr Vatter und Mutter noch lebeten. Aus disem folgt, daß, wann schon die Anzahl der Erben mehrere Scharwerck zu Bestreittung der Nothdurfft erfordert, als zuvor dem Vatter und Mutter geleistet worden, doch auf die Nothdurfft der Erben, sondern des Verstorbnen gesehen werden müsse. Aus Ursach, weilen die unzertheilte Erbschafft die Persohn des Verstorbenen vertrittet. L. si is qui. 15. §. Marcellus ff. de usucap. L. hæreditas. 34. ff. de acquir. rerum dom.

2. Und obwohlen 2. diser Art. eigentlich, wie wir gesagt haben, von der unangetrettnen Erbschafft redet, so glauben wir doch, daß aus selben gar recht der Schluß gemacht werden könne, daß, wann einige Güther von einem privaten entweders durch Erb-Recht, oder durch anderen Titul auf eine communitát verfallen, daß die Scharwerck nicht nach der Nothwendigkeit der communitát, sondern nach Nothwendigkeit einer privat Famili abgemessen werden müssen. Und also ist im Revisions-Rath gesprochen worden in causa S. wider seine Unterthanen zu T. den 19. Aug. 1656. aus Ursach, weilen hier die communitát nicht als ein communitát angesehen werden muß, weilen man das Recht die Scharwerck zu geniessen von denen Hoff-Marchen, und Krafft des Hoff-Marchs Besitz, und Jurisdiction, und nicht in Ansehung der communitát hat, dann gleichwie der communitát nicht mehr Recht zugehet, als der vorige Innhaber gehabt hat, also auch kan die communitá mit mehreren Scharwercken die Unterthanen nicht beschweren.

Was den andern Theil des Unterschieds anbetrifft, wann nehmlich des Erblassers Verlassenschafft angetretten, und 3. unter die Erben vertheilet worden, so müssen wir auf den vorigen Art. zuruck gehen, und sagen, daß, wann die Abtheilung unter die Erben geschehen ist nicht allein in denen Güthern, sondern auch in der zuste-

henden Jurisdiction, alsdann müssen die Jurisdictions Früchten einem jeden Erben nach Proportion des Erbtheils zugetheilt werden.

Wann man sagen wolte, die Jurisdiction seye untheilbahr; so antworten wir diß seye nicht also zu verstehen, als wann gleichsam die Jurisdiction mehrern nicht zu kommen könne, dann obwohlen die Jurisdiction untheilbar ist, so kan sie doch mehrern gemeinschäfftlich seyn.

4. Bey unseren Lehen-Hoff fallt dise Sach fast täglich vor, dann es gibt vil Adeliche, und Hoff-Marchs Güther, welche gantz eigen seynd, die Hoff-Marchs Jurisdiction rühret zu lehen. Wann nun die Erben die eigne Güther unter ihnen abtheilen, so gestattet der Lehen-Hoff die Abtheilung der Lehenbahren Jurisdiction nicht, sondern es muß in Nahmen der Erben ein gemeinschäfftlicher Richter aufgestellt werden, und es werden nachgehents die Jurisdictions Früchten alle Jahr nach Proportion unter die Erben vertheilt, wie wir in unseren Lehn-Enchyridion mit mehrern abhandlen werden.

Gleichwie nun in disen Fall die Jurisdictions Früchten unter denen Erben gemeinschäfftlich seyn, also auch ingleichen die Scharwerck, welche denen Erben in Krafft der Jurisdiction gebühren, nicht zwar alle einem jeden allein, sondern nach jeden Erbschaffts Portion. Dann es müsten nach des vorigen Herrn Todt wegen Vile der Erben die Unterthanen nicht härter gehalten werden. Und dises hat sonderheitlich Platz bey einer durchgehenden Jurisdiction über ein Hoff-March, oder gantze Gemeind, welche von darumen untheilbar genennt wird, weilen sie nicht in so vil Theil als Persohnen seynd, vertheilt wird, sondern als ein Sach, und Recht angesehen wird, welche sich über die gantze Gemeind erströckt.

Eben dises ist zu sagen, wann zum Exempel ein eintziger Bauern Hoff mit der einschichtigen Jurisdiction zweyen oder mehreren Erben zufallt, dann die Jurisdiction wird nicht zertheilt, sondern von denen Erben gemeinschäfftlich administrirt, und dahero kennen dise beyde oder mehrere Erben an statt der Scharwerck nicht mehrers begehren, als wann nur ein Erb vorhanden wäre, und diß ist der Verstand unsers Art. welcher übrigens keine Beschwernuß hat.

Der eilffte Articul.

Stirbt aber ein Unterthan, welcher die Scharwerck schuldig gewesen, und verlast mehr Kinder, dieselbige samtlich, so lang sie unvertheilt eignen Rauch halten, Scharwercken alle nur für ihres Vatters hinterlassen Guth oder für sein Person. Wären aber die Kinder vertheilt, so Scharwercken allein die, welche sonderbaren Rauch halten, die aber, welche in Diensten, oder in eines anderen Unterhaltung, seynd zu Scharweckren nicht schuldig.

Summaria.

1. Wann ein Bauer stirbt, der mehrer Kinder hinterlassen, welcher Gestalten jedes Scharwercken müsse?
2. Ob die Bauern-Güther können zerrissen, und vertheilt werden?
3. Ob nach beschehner Erbs-Theilung ein jeder Erb allein nach *Proportion* des Erb-Theils zu Scharwercken schuldig seye?
4. Was Rechtens, wann einer aus den Erben keinen eignen Rauch führt, sonder in eines anderen Unterhalt ist, ob und wie weit er vom Scharwercken frey seye?

1. Zu einer Gleichheit des vorgehenden Art. verordnet hingegen diser Art. daß, wann ein Bauer stirbt, und mehrere Kinder oder Erben hinterlaßt, alle, so lang sie das unzertheilte Guth besitzen, und einen gemeinen Rauch führen, zugleich mehrere Scharwerck zu leisten nicht schuldig seyn, als ihr Vatter præstirt hat. Wann sie aber das Guth unter ihnen vertheilt haben, macht der Art. einen Unterschied, ob nach beschehner Abtheilung jedes Kind oder Erb besonder einen eignen Rauch führe oder nicht, villeicht, weil ein oder der andre nicht mannbahr ist, sonder fremder Auferzucht, und Unterhaltung nöthig hat. In dem ersten Casu seynd alle zum Scharwerck verbunden, welche durch Führung eignen Rauchs zeigen, daß sie Vogtbahr seyen, und des Herrn Jurisdiction erkennen. In dem andren Casu aber seynd jene, welche keinen eignen Rauch führen, wie der Art. sagt, zum Scharwercken nicht verbunden. Dise Sach doch leydet noch einige Beschwehrnuß, welche zu verstehen.

Præ-

Præsupponiren wir erstlich, gewiß zu seyn, daß alle emphyteuthische Recht, das ist, das Erb-Recht, Leib-Recht, und veranlaite Freystifft, oder Herrn-Gunst, wovon wir hier handlen, warhafft theilbar seyen, wie andere erbschafftliche Sachen, und also nach Proportion der betreffenden Theil denen Erben zu kommen. Und

Obwohlen 2. wir bey dem vorgehenden Tit. Art. 22. gesagt haben, daß meistens dergleichen Güther unzertheilt bleiben, und einem aus denen Kindern überlassen werden, welches vor andern zu Bemayrung des Guts tauglicher ist, und die bessere Mittel hat, seine Mit-Erben hinaus zu lösen.

Wann jedoch 3. die Kinder abtheilen wollen, solches kan ihnen nach Innhalt dises unsers Art. nicht verhindert werden.

2. Dann obwohlen 4. Lib. 4. tit. 12. art. 8. der Lands- und Pollicey-Ordnung austrucklich verordnet wird, daß die gantze Bauern-Höff, und andere Güther nicht sollen zerrissen, und nicht zu Geldern gemacht werden, so ist doch das Absehen unserer Land-Rechten niemahlen gewesen, eines Bauerns, der einen gantzen Hoff hinterlassen hat, mehreren Erben das Verbott zu thun, daß sie die Erbschaffts, und Hoffs Abtheilung nicht begehren können.

3. Wann also 5. man setzet, daß zwey Erben einen Hoff in zwey Theil abgetheilt haben, so seynd eben darum zwey halbe Höff, und ein jeder aus ihnen muß die Helffte der Scharwerck verrichten, welche der verstorbne Bauer zuvor verrichtet hat. Eben dises ist zu sagen, wann vier Erben einen Hoff in vier Theil vertheilen. Dann dise seynd Virtl-Höffler, und also ist auch von andern obwohlen ungleichen Proportionen zureden, dann man muß allezeit in Leistung der Scharwerck die Proportion beobachten, welche beobachtet wird bey Abtheilung des Guths, obwohlen fürwahr weit rathsamer ist, daß die Güther unvertheilt verbleiben, und denen übrigen Erben ihre Erbs-Portiones hinaus bezahlt werden, damit nicht durch dergleichen Zertrimmerungen nicht allein der Scharwerck halber, sonder auch wegen anderen Herrschafftlichen Lifferungen unzahlbare Stritt- und Händel entstehen. In unseren Hoff-Marchen thut sich meistens der ältiste Sohn um ein vermögliches Weib, welches ihme 600. 800. oder 1000. fl. Heurath-Guth zubringt, umsehen, mit welchem Geld er seine Mit-Erben auslöst, aber sein Hoff-Guth dem Weib für ihr Heurath-Guth als ein Widerlag verschreibt, und mit des Grund-Herrn Consenz verhypothecirt, wodurch vorbemelte Strit-Händel leichtlich vermittlet werden; entgegen aber folgt daraus, daß dergleichen Bauern-Güther selten bey einer Famili verbleiben, sonder gar offt in die zweit- und dritte Hand, als offt die Weiber heurathen, kommen. Disem nach nun

Folgt für sich selbsten 6. daß die Kinder, welche nach vertheilten Hoff einen eignen Rauch führen, für jenen Theil, welchen sie vom Hoff erhalten haben, die Scharwerck verrichten müsten.

Daß aber 7. andere, welche keinen eignen Hert aufrichten, sonder einer frembden Auferzucht und Unterhaltung nöthig haben, nach des Art. ausdrucklichen Wort von denen Scharwercken frey seyn sollen, das scheinet fürwahr frembd zu seyn, weilen die Scharwerck absonderlich die Vieh und Pflug Scharwerck dem Guth anhangen, und also vom Besitzer des Guths müssen verrichtet werden, er mag einen eignen Rauch führen oder nicht, dann wer hat ihme einmahlen traumen lassen, daß ein Pupil oder Minderjähriger, der noch unter der Vormundschafft oder Curatel stehet, und einen gantzen Bauern-Hoff hat, welchen seine Mit-Erben bauen, von der Scharwerck frey seye, allein von darumen, weilen er keinen eignen Rauch führet? Es muß also unser Art. also verstanden werden, daß zwar die Person des Pupillen oder Minderjährigen, so keinen eignen Rauch führet, von Scharwercken befreyt seye, doch die übrige Mit-Erben, welche dessen Erb-Theil unter Handen haben, dessen Antheil an der Scharwerck ersetzen müssen, welches ja vernünfftig ist; dann wann du setzest, drey Brüder haben einen ererbten gantzen Hoff untereinander zu gleiche Theil vertheilet, doch also, daß keiner einen eignen Rauch führt, sonder ein jeder seinen Theil zu bemayren einem anderen verleicht, damit sie ihnen besseren Nutzen schaffeten, wer wird mit Vernunfft sagen, daß, weilen dise drey Erben, so keinen eignen Rauch führen, zum Scharwercken nicht können angehalten werden, der Herr sein Recht Scharwerck zufordren an disem zertheilten Hoff verlohren habe? Gleichwie nun der Herr in solchen Fall die Scharwerck billig von denen Güthern-Besitzern prætendirt, also auch in dem vorigen Casu, wann eines Mit-Erbers, der keinen eignen Rauch führt, sein Antheil anderen zum Bauen überlassen worden, seynd solche zum Scharwercken verbunden, weilen dem Herrn wegen Unterschied der Erben, und deren Qualität an seinem Recht nichts abgehen kan.

Der zwölffte Articul.

DIe Gült-Scharwerck rühret nicht her von der Gerichtbarkeit, oder Vogtey, sondern ist anders nichts, dann ein Theil von der Herrn- oder Grund-Gült, die ihme ein Grund-Herr, in und bey Verstifftung des Guths neben der anderen Gült, mit gebührender Bescheidenheit aus-trägt, und deßwegen vielmehr bedingte Fährten oder Arbeit, dann ein Scharwerck oder Frohndienst zunennen. Es soll aber solche Gült-Scharwerck also und mit solcher Bescheidenheit bedingt werden, daß dannoch der Unterthan seinem Gerichts- oder Vogt-Herrn, die Lands-gebräuchige oder gemessne Scharwerck (da er die Lands-gebräuchige nicht schuldig) ungehindert, und ohne allen Abgang verrichten, und darzu seiner nothwendigen Bauern-Arbeit und Nahrung nachkommen und auswarthen kunte. Und soll allzeit des Gericht- oder Vogt-Herrns Scharwerck der Gült-Scharweck vorgehen, da sich aber befunde, daß der Unterthan in Verrichtung beyder Scharwercken, übrigs beschwehrt wurde, soll die Gült-Scharweck entweders wieder abgethan, oder also gemilderet werden, damit der Unterthan mit übriger Scharwerck nicht beschwert werde.

Summaria.

1. Welches die Grund-Scharwerck seyen, und ob sie erlaubt seyen?
2. Was Rechtens wann sie übermässig seynd, daß der Bauer die Gerichts-Scharwerck nicht verrichten kan.
3. Wann der Gerichts- und Grund-Herr auf einmahl miteinander die Scharwerck verlangen, wer vorzuziehen seye?
4. Ob das für die Arbeit gedungene Geld in Gandt-*Process* eine Freyheit habe?

1. IN vorhergehenden haben wir öffters gesagt, es seye unter denen Vogtey- und Gült-Scharwercken ein Unterschied, jene ist man schuldig in Krafft des Gesatz wegen der Jurisdiction, dise aber wegen des unter dem Grund-Herrn und Unterthanen getroffnen Contracts; jetzt sagt unser Art. daß die Vogtey-Scharwerck eigentlich Scharwerck genennt werden, nicht aber jene Fuhren und andere Dienst, welche die Unterthanen ihren Grund-Herrn in Krafft des errichteten Contracts verrichten, weilen solche Dienst ein Theil der Gült ausmachen, und also dise Dienst nach den Reglen des emphyteutlichen Recht müssten regulirt werden, nicht aber nach denen Reglen der gerichtlichen Scharwercken, wovon in disem Titul gehandlet wird.

Von disen Diensten nun setzet unser Art. dise Regul, daß dise erlaubt, und zugelassen seyen, nicht zwar als Scharwerck, sondern als bedungene Dienst. Aus Ursach, weilen einem jedwederen Grund-Herrn bey Verstifftung der Erb- und Leib-Gerechtigkeiten, auch veranlaiten Freystifft und Herrn Gunst freystehet, seiner Sach, welche er einem anderen überlaßt, eine Bedingnuß, wie er will, anzuhencken, welche wann der Unterthan eingangen hat, so muß er solche halten und erfüllen, Krafft der Regul, daß nichts dem natirlichen Recht ähnlich seye, als die bedungene Pacta halten, und was einmahl beschlossen worden, genau erfüllen.

Der Art. setzt ein eintzige Ausnahm bey, wann nemlich der Grund-Herr so bescheidentliche Dienst bedungen und vorbehalten hat, damit der Unterthan nicht verhindert werde, neben denen Grund-Herrlichen vorbehaltenen Diensten auch die gerichtliche Scharwercken, es mögen solche gemessen oder ungemessen seyn, dem Jurisdictions-Herrn zu verrichten, dann, wann der Grund-Herr seinen Unterthanen mit Diensten so überhaiffete, daß er weder dem Gerichts-Herrn Satisfaction geben, noch bey Bemayrung des Hoffs ihn und die seinige unterhalten, noch anderen Hauß-Nothdurfften vorstehen könte, so wird befohlen, daß die Grund-Herrschafftliche Dienst entweder gar cassirt, oder wenigist dergestalten sollen eingeschränckt und moderirt werden, damit dem Jurisdictions Herrn an seinem Recht nicht geschadet werde, wir erinneren uns, daß dises öffters geschehen von denen Prälaten, und anderen geistlichen Personen, welche, weilen sie über ihre einschichtige Unterthanen die Jurisdiction nicht haben, zu Præjudiz der Gerichts-Herrschafften die Baurn mit Vieh und Hand-Diensten in denen Stifft-Brieffen der- 2.

dergestalten hart beladen, daß ohnmöglich ist, solche zu verrichten, lassen auch nicht gleich was nach, vorgebend, daß denen Unterdruckten frey stehe, den Hoff nach Gefallen zu verlassen: dise Strengheit mißbilligen unsere Statuten, und lassen vilmehr die Milderung solch zu harter Beschwärde wider die Stifft-Brieff zu, als daß die arme Unterthanen durch solche Expressung genöthiget werden solle, die Güther zu verlassen.

Welcher gestalten aber und in wie weit dise Milderung Platz habe, das muß dem Gutachten eines bescheidenen Richters überlassen werden, dann auch die Bauern selbsten zu Zeiten klagen den vollen Bauch, und vermeinen gar zu sehr beschwehrt zu seyn, wann sie menschlich gehalten werden, und nicht allein satsame Gelegenheit haben sich und die ihrige zu unterhalten, sondern auch am Feyr- und Werck-Tägen die Wirds-Häuser zu besuchen.

3. Was ist aber Rechtens, Wann der Jurisdictional- und Grund-Herr auf einmahl zugleich die Dienst verlangen, beyden aber zugleich nicht kan Satisfaction gegeben werden? Hierauf antwortet der Art. daß der Jurisdictional-Herr dem Grund-Herrn vorzuziehen seye, aus Ursach, weilen man die Jurisdictional-Scharwerck aus Verordnung des Gesatz, die Grund-Herrliche Dienst aber nur wegen des getroffnen Contracts müssen verrichtet werden. Es kan also durch der Leuthen Contract des Gesatzes Verordnug nicht gemünderet werden, wie wir schon ausgeführt haben bey dem 9. Art. 2. Tit. des Gandt-Proceß. vers. ult.

Wann man sagen wolte, es seye in eben disen erst angezogenen Art. enthalten, daß die Grund-Herrliche Gült denen Jurisdictional-Prostationes vorgezogen werde, also auch müssen die Grund-Herrliche denen Gerichts-Herrlichen Scharwercken vorgezogen werden? Hierauf antworten wir, daß in bemeltem 9. Art. 2. Tit. deß Gandt-Proceß vom Vorrang der Glaubigeren gehandlet werde, wann die Sach auf den Gandt-Proceß ankommt, hier aber wird allein gehandlet von deme, wann beyde Herrschafften zusammen kommen, und jeder ausser den Gandt-Proceß die Dienst verlangt. In dem ersten Casu gehet von darummen der Grund-Herr vor, weilen die Gült, dessen die Dienst ein Theil seynd, denen Gerichts-Herrlichen Schuldigkeiten vorgehet. Ja wir haben alldort gantz recht, wie wir vermeinen, ausgeführt, daß, 4. wann die Vogtey-Scharwercken vernachlessiget worden, weder eine stillschweigende Hypothec, noch ein Vorrangs-Recht zustehe, weilen diß nirgends geschribner gefunden wird; aber ohne austrucklichen Text der Rechten ist kein still-schweigende und rechtmässige Hypothec, noch weniger die Vorrangs-Freyheit zu zulassen, weil dises zu Schaden anderer Glaubiger gereichete; wann also im Gandt-Proceß die Vogtey-Scharwerck gar keine Freyheit haben, wie wir auch von dem für die Scharwerck bedungenen Geld gesagt haben, so hebt sich der Stritt auf, der die Glaubiger anbelangt; aber in dem Casu, wo beyde der Jurisdictionen, und Grund-Herr allein zusammen kommen, muß der Grund-Herr weichen, Krafft derjenigen trifftigisten Ursachen, welche wir bey dem 9. Art. 2. Tit. deß Gandt-Proceß beygebracht haben.

Es gilt auch jenes Argument nichts, die Vogtey-Gült wird der Herrn Gült nachgesetzt, also müssen auch die Vogtey-Scharwercker denen Grund-Herrlichen Diensten nachgesetzt werden. Dann eben so leicht können wir antworten, daß dises allein zu verstehen seye, wann beyde Herrn ausser des Gandt-Proceß zusammen kommen, und die Dienst begehren; dann wer wird sich bereden lassen, daß der Jurisdictional-Herr werde ehender den Grund-Herrn als ihne zu Frieden stellen lassen? weilen dises in seinen Gewalt stehet, weil er Krafft der Jurisdiction befehlen kan, der Grund-Herr aber nichts zu befehlen hat, und auf des Bauern Widerspenstigkeit die Hülff seines Gegentheils, mit welchen er des Vorzugs halber streittet, ansuchen muß, welcher ja des Grund-Herrn Sach, seiner eignen nicht vorziehen wird. Wir, wann wir mit unsern Bauern für die Scharwerck Geld bedungen haben, haben wir uns eine ausdruckliche Hypothec pactirt auf den Fall, da man mit der jährlichen Bezahlung nicht beyhalte; welches dem 9. Art. deß Gandt-Proceß 2. Tit. noch bey zusetzen ist, wo wir gesagt haben, daß dergleichen Gelder mit denen übrigen Personal Glaubigern anstehen müsse, setze aber bey, ausser der Vogt-Herr habe sich mit einer Hypothec bedecket.

Der dreyzehende Articul.

WIewohl der Lands-Gebräuchigen ungemessnen Scharwerck kein vollkommne gewisse Regul und Maß kan fürgeschriben werden, so sollen doch alle die, welchen man die Lands-gebräuchig ungemessne Scharwerck zu leisten schuldig, in Erforderung derselben sich also verhalten, daß dannoch

noch die Unterthanen, ihrem Feld-Bau, und anderer nothwendiger Arbeit abwarten, auch ihr und der ihrigen Nahrung suchen, und gewinnen mögen, damit nicht im widrigen Fall, da die Ubermaß in der Scharwerck, durch der Unterthanen Klag wurde fürkommen, und wahrhafftig erfunden werden, von Lands-Fürstlicher hohen Obrigkeit, gebührliches Einsehen fürzunehmen vonnöthen seye.

Hingegen sollen auch die Unterthanen, die schuldige Scharwerck zu leisten sich nicht weigeren, noch ihren Gerichts- und Vogt-Herren deshalben ohnnöthige Stritt und Krieg verursachen; wurde aber der ein oder andere Theil hierwider handlen, die Herrschafft die Unterthanen wider Gebühr und Lands-Gebrauch mit übermässiger Scharwerck beschweren, oder die Unterthanen sich der Lands-gebräuchigen Scharwerck weigern, soll auf ein oder andern Fall, der verlurstigte Theil dem anderen allen Unkosten zu erstatten schuldig seyn, und hierzu würcklich angehalten werden.

Weilen auch etliche Unterthanen so vermessen seyn, wann man sie ein Zeit lang in die Scharwerck nicht erfordert, sie alsdann ihren Gerichts-Herrn weiter keine leisten, sonder denselben die Verjährung fürwerffen, und allerdings frey seyn wöllen. Soll dasselb keineswegs gestattet, noch sie mit solchen Einreden (sie kunten dann die Befreyung in anderweg, wie recht ist, ausführen) gehört, sondern uneracht sie gar vil Jahr nie gescharwerckt hätten, zum Gehorsam gewiesen, und da sie ihren Gerichts-Herrn in Unkösten gebracht, ihnen die Wiederkehr- und Erstattung desselben aufgetragen werden.

Summaria.

1. und 4. Was für eine Bescheidenheit bey Erforderung der Fron-Dienst zu beobachten seye so wohl in der *Quantität*, und *Qualität*?
2. Ob, wann man sich in 30. oder 40. Jahr der Scharwerck nicht bedient, hiedurch das Scharwerck-Recht verlohren gehe?
3. Was zur *Præscription* sich von Scharwercken frey zu machen, erfordert werde?
5. Inner was Zeit die Scharwerck *præscribirt* werden können?
6. Inner was Zeit die Unterthanen *præscribiren* und erwerben können, daß sie statt der Scharwerck Geld bezahlen können?
7. Wann der Herr und die Unterthanen bedungen haben, daß sie entweders die Scharwerck *in natura* verrichten, oder solche mit Geld bezahlen können, wer aus ihnen die Wahl habe?
8. Wann die Unterthanen gewisse und gemessene zum Exempel Wein-Scharwerck verrichten müssen, ob der Herr solche in andere und Getrayd-Scharwerck veränderen könne?
9. Obwohlen die gewisse Vogtey-Scharwerck in andere nicht können verändert werden, ob solches auch bey denen Grund-Herrlichen Scharwercken Platz habe?
10. Ob die Unterthanen nicht allein wegen des Herrschafftlichen Schloß, sondern auch wegen der Neben-Gebäu, welche gleichsam ein Theil des Schloß seynd, die Scharwerck verrichten müssen?
11. Ob der Herr denen Unterthanen zum Scharwercken den nöthigen Zeug und Instrument verschaffen müsse?
12. Was Rechtens, wann die Unterthanen bey Verrichtung der Scharwerck vom Feind um ihre Pferd, und Wägen, auch anderes kommen, ob der Herr den Schaden ersetzen müsse?

1. Diser letzte Art. bestättiget all jenes, was wir bißhero öffters widerholt haben, daß man nemlich bey Forderung der ungemessenen Scharwerck eine solche Bescheidenheit beobachten müsse, damit die Unterthanen ihrem Acker-Bau, und ander Arbeit vorstehen, sich und die ihrige unterhalten können, welches die wahre Wag-Schall, wie die Scharwerck abzuwegen, ist, daß dem Herrn die Hauß-Nothwendigkeit bestritten, der Unterthan aber nicht unterdruckt werden solle. Wie dann der Gesatz-Geber denen, so billige Klag haben, Krafft Lands-Fürstl. Schutz Hülff verspricht.

Und weilen wir offt gesagt haben, daß die Bauern strittig und obstinat seyen, daß sie so gar auch widersprechen, was von ihnen mit Recht begehrt wird, dahero unser Art. dieselbe des schuldigen Gehorsams erinnert, mit Betrohung, daß, wann unter denen Herrn und Unterthanen wegen Ubermaß der Scharwerck, oder wegen weigerenden Scharwerck Stritt entstehet, der unterligende Theil allzeit zu Erse-

Ersetzung aller Kösten und Schäden verfällt werden müsse.

2. Hernach wird in disem Art. dise Frag beygesetzt, ob, wann man sich in 30. oder 40. Jahren der Scharwerck nicht bedient, hiedurch das Recht solche zu begehren verlohren werde? und es wird geantwortet, daß allein durch nicht Gebrauch dises Recht die Scharwerck begehren zu können nicht verlohren werde, wann schon zusetzest, daß in 100. Jahren keine seyen begehrt oder verrichtet worden. Thom. Maul. de homag. tit. 4. n. 27. Rosenthal. de feud. cap. 6. conclus. 82. n. 15. Gail. lib. 2. observ. 60. n. 4. Balthas. de oper. subdit. cap. 10. vers. quæritur autem. Die Ursach ist, weilen in des Herrn Gewalt und facultät allein stehet, ob er sich deren bedienen will oder nicht; in jenen Sachen aber, welche in freyer Willkur stehen, stehet nicht in Weg, wann man 100. und mehr Jahr sich seines Rechts nicht bedient, mit disem stimmt ein unser Art., der verordnet, daß die Unterthanen nicht anzuhören seyen, welche sich von Verrichtung der Scharwerck unter dem Vorwand, daß sie gar vil Jahr nicht gescharwerckt, entheben, und ausnehmen wollen, wo die Bauern, die ihnen einbilden, sie seyen wegen des nicht Gebrauchs vom Scharwerck frey worden, vermessene Leut genennt werden, und befolchen wird, solche in alle Kösten und Schäden zu verfällen.

3. Weilen aber, wie wir oben erklärt haben, und kurtz hernach mehrers folgen wird, das Recht, die Scharwerck fordern zu können, durch die Præscription erworben werden kan, also auch kan kaum gezweifflet werden, daß nicht auch die Befreyung vom Scharwerck leisten præscribirt werden könne, nemlich auf solche Weiß, welche in præscribendis juribus negativis nöthig ist, wann zum Exempel die Unterthanen, von welchen die Scharwerck begehrt worden, solche dem Herrn abgeschlagen haben, und von der Zeit solcher Weigerung 30. oder 40. Jahr ohne eintzige Scharwercks-Verrichtung ruhiglich verflossen seynd. Maul. loc. cit. n. 27. Erhard. de oper. rust. conclus. 32. lit. f. Schrader: de feud. part. 6. cap. 6. n. 62. Weilen durch solche Weigerung, und Widersetzung dem Herrn, der darauf ruhig gewesen, die Possession benommen wird. Gloss. & DD. in L. qui 11. ff. de servit. urban. præd. & in L. 1. Cod. de servit. & aq. Balb. de præscript. 4. part. 4. princip. quæst. 13. n. 4.

Doch ist dises fleissig zu mercken, daß die Bauern oder Unterthanen, die die Scharwerck widersprechen, nnd weigeren, in guten Glauben seyn, und darfür halten müssen, daß sie solche nicht schuldig seyen, dann, wann sie wissen, daß sie solche schuldig seyen, so thun sie solche vermessentlich weigern und widersprechen, wann schon von Zeit solcher Weigerung 100. oder 1000. Jahr verstrichen, so können sie doch wegen bösen Glauben, welcher alle Præscription ausschliest, in Ewigkeit nicht præscribirn.

Hernach wird die ausdruckliche Weigerung, und der Unterthanen Contradiction erfordert, dann, wann der Herr die Gelegenheit gehabt, die Scharwerck zu gebrauchen, und solche freywillig nicht gebraucht hat, durch solche Nachsicht wird ihme die Possession seines Rechts nicht benommen, sondern es wird erfordert, daß die Unterthanen sich darwider gesetzt haben. Maul. de homag. tit. 4. n. 28. Rosenthal de feud. cap. 6. conclus. 82. n. 22.

Der in disem Art. enthaltenen Bescheidenheit, die bey Forderung der Scharwerck beobachtet werden muß, ist noch beyzusetzen, daß nicht allein ein Ubermässigkeit in der Quantität, sondern auch in der Qualität geschehen könne. Als 1. wann solche Scharwerck begehrt werden, welche nach Gewohnheit des Lands, bemeldter massen für ungewöhnlich und ungebräuchlich gehalten werden. 2. Wann die Scharwerck auf ein anderes Ort hin zu des Herrn grössern commodität verlangt werden, und nicht zu desselben Nothdurfft, als, wann einer in einer Stadt sein Hauß erweitern, auszieren, und herrlicher machen, und seine Bauern in der nach gelegenen Hoff-March anhalten will, daß sie ihme die Nothdurfft zusammen führen sollen. Dann daß sie solches zu thun nicht schuldig seyen, hat der Revisions-Rath in causa P. P. wider die Unterthanen der Hoff-March S. den 14. Januar. Anno 1660. gesprochen, dann des Herrn Nothdurfft und nicht desselben commodität macht Platz, daß die Scharwerck begehrt werden können. 3. Wann die Scharwercks-Verrichtung mehr ausmacht, als was die verrichtete Sach werth ist. Zum Exempel, wann ein harter Herr von seinen Unterthanen Holtz- oder Stroh-Fuhren auf 6. oder 7. Meil begehrete, also daß die über die Fuhren ergehende Unkösten den Werth des Holtzs und Stroh doppelt oder dreyfach übersteigete, wie wir uns erinneren geschehen zu seyn, fürwahr alsdann diß ist nicht Christlich oder der natürlichen Vernunfft gemäß, daß die arme Unterthanen dahin sollen angehalten werden, jenes zu verrichten, was ihnen grössern Schaden als dem Herrn Nutzen bringt. Wir haben einen casum gehabt, daß ein Herr seine Unterthanen dahin angehalten, mit einem Kalb, oder Lamm auf etlich Meil zu fronen, 4.

fronen, welche sich erbotten in dem Ort der Wohnung eben so gute zu kauffen, und dem Herrn umsonst zu geben, allein darumen, damit sie von so weiten Weg sich entheben, welches, daß in einer causa N. contra die Unterthanen gesprochen worden, wir uns erinneren, den Tag aber haben wir nicht aufgeschrieben, derentwegen, weilen wir die Sach für so klar und gerecht angesehen haben, daß wir nicht glaubeten, daß einer seye, der widersprechete, obwohlen ein Pilati Bruder, wie mir nachgehends zu Ohren kommen, gefragt hat, worinn die Wahrheit dieses Thesis bestehe? welche an sich selbsten handgreifflich ist, weilen der Bauern Scharwerck nicht erfunden worden um allein die Bauern zu scheren und zu plagen, sondern dem Herrn zu dienen, und aufzuhelffen, welche Aufhelffung wann sie geschehen kan ohne Scharwerck aus dem guten Willen der Bauern, wie kan Christlich seyn, daß die Unterthanen mit deme tribulirt werden sollen, was ihnen so grossen Schaden bringt, und dem Herrn nichts nutzt. Noch vil weniger 4. können wir jener Herrschafften Strengheit approbiren, deren Hoff-March nicht weit von denen Städten entlegen seynd, welche die Unterthanen dahin zwingen, daß sie Abwechslung-Weiß alle Tag auch mit lehren Wägen in die Stadt zu der Herrn Häußer kommen, und lehr wider zuruck fahren müssen, allein in dem Absehen, damit sie jene, welche für die Scharwerck kein Geld geben wollen, so lang tribuliren, biß sie mit Fuhren abgemattet für die Scharwerck Geld bezahlen. Uber solche was für ein Ort sie in der andern Welt haben werden die Rechts-Gelehrte erschröcklich schnaltzen, welche wir nicht anführen wollen; und dises von denen Scharwercken geredt zu haben, kan genug seyn, weilen aber noch anderen Fragen übrig seynd, so wollen wir nach unsern Brauch, wie wir auch in vorhergehenden gethan haben, einige fast täglich fürfallende beysetzen.

5. Die erste Frag ist, inner was Zeit die Scharwercken der Bauern præscribirt werden können. Die Rechts-Gelehrte antworten gemeiniglich, daß man auf zwey Arth die Bauern Scharwerck erhalte, entweders durch Bedingung, oder durch Præscription, aber so vil unsere Bayrische Land-Recht betrifft, hat dise Frag keinen Nutzen, wenigistens so vil die Auslegung dises Tituls belangt, dann wir handlen hier von denen Vogtey-Scharwercken, welche eben darumen müssen verrichtet werden, wann einer über die Unterthanen die Jurisdiction hat, wann schon solche weder durch Bedingung noch durch Præscription erworben worden, dann es ist genug, daß einer für den Jurisdictions-Herrn erkennt wird. Wann aber von den Gült-Scharwercken die Red ist, dise können auf seine Arth neben denen Vogtey-Scharwercken stehen, wie wir in vorgehenden ausgelegt haben, und seynd ohne Anstand in der Bedingnuß gegründet. Wann aber ein Dritter, der weder Jurisdictions- weder Grund-Herr ist, behauptet, er habe durch die blosse Præscription in einem gantz fremden ihne lediglich nichts angehenden Grund die Scharwerck hergebracht, der muß nicht allein deßwegen, weilen solche Prætension pro serviture discontinua zu halten ist, indeme Niemand beständig dienen kan, sondern auch weilen das Recht selbsten widerstrebt, eine Præscription von unfürdencklichen Jahren erweisen, es mögen zum Gegenspihl Mod. Pistor parte 1. quæst. 38. und alldort Jacob. Schuet. in addit. n. 5. Moller lib. 4. semest. cap. 38. Bald. de præscript. part. 1. part. 3. quæst. 10. n. 6. & part. 2. part. 4. quæst. 6. Berlich. lib. 2. conclus. 6. per totum. sagen, was sie wollen. Lese, was wir bald hernach bey dem 26. Tit. 4. Art. sagen werden. Dann eine solche Præscription kan keine Præscription der Scharwerck genennt werden, weilen man solche Niemand schuldig ist, dann dem Jurisdictions-Herrn: Also der nicht zugleich die Jurisdiction præscribirt hat, der hat auch keine Scharwerck præscribirt, sondern nur eine dem Grund anklebende servitut; und weilen solche discontinua ist, indeme unmöglich beständig zu dienen, so muß die Præscription von unfürdencklichen Jahren seyn.

Andertens wird gefragt, ob auch die Unterthanen durch eine Præscription, und was für eine erwerben können, daß sie anstatt der Scharwerck Geld bezahlen, auch von denen Herrn die Scharwerck in natura nicht mehr begehrt werden können? Dises bestättigen die Doctores gemeiniglich, wie zu lesen ist bey Berlich. part. 2. conclus. 6. n. 2. und bey Erhard. de operis rust. conclus. 28. wo er sagt, daß diser Sentenz durch die Gewohnheit des Teutschlands approbirt seye. Cassan. in consuet. Burgund. rubr. 9. §. 18. n. 23. wo sie simpliciter den Schluß machen, daß, wann die Unterthanen, welche dem Herrn zum Scharwercken verbunden seynd, anstatt der Scharwerck inner 30. oder 40. Jahr ein gewisses Geld bezahlt haben, darfür gehalten werde, daß sie wider die Scharwerck in natura præscribirt haben, sie auch nachgehends, wann sie das Geld bezahlen wollen, nicht mehr angehalten werden können, die Scharwerck selbst zu verrichten. Diser Sentenz aber ist unsern Bayrischen Rechten nicht conform, dann wann in Krafft des 8. Art. in dem Fall, da der Herr mit seinen Unterthanen sich entweders 6.

die Scharwerck selbsten zu verrichten, oder jährlich darfür ein gewisses Geld zu bezahlen verglichen hat, der Herr allzeit von solchen Verglich abweichen, und die Scharwerck wiederum in der Natur begehren kan, ohnerachtet 30. oder 40. Jahr verstrichen seynd, so kan er um so mehr von Reichung soll jährlichen Gelds abweichen, wann solches Geld ohne Verglich oder Pact und aus beyderseits blossen guten Willen angenommen, und gereicht worden. Dann man ist die Scharwerck schuldig, und das Geld darfür anzunehmen, stehet in freyen Willen des Herrn. Gewiß, weilen auch Krafft bemeldten 8. Art. denen Bauern selbsten frey stehet, ohnerachtet sie 30. oder 40. Jahr das Geld für die Scharwerck bezahlt haben, die Scharwerck wieder in natura zu verrichten, so ist ein klares Zeichen, daß die Krafft und Würckung der 30. oder 40. jährigen Præscription in diser Materi, so in freyen Willen bestehet, nach unsern Land-Recht gantz entkräfftet worden seye: Ausser man wollte setzen, daß die Unterthanen, welche für die Scharwerck 10. oder 20. Jahr ein gewisses Geld bezahlt haben, zu Verrichtung der Scharwerck in natura vom Vogt-Herrn angehalten worden seyn, die Unterthanen aber solche zu verrichten in guten Glauben abgeschlagen haben, und weilen dises mit gutem Glauben gethan haben, und der Herr auf solches hin auch 30. oder 40. Jahr lang geschwiegen habe. Dann bey solchen Umständen, da sie auf Begehren die Scharwerck nicht præstirt, sondern sich darwider gesetzt haben, und weilen der Herr hierzu geschwiegen, auch hierauf mit Wissen und Stillschweigen des Herrn 30. und 40. Jahr verstrichen, so ist in solcher Sach, welche allein guten Willens ist, wie in anderen causis negativis die Præscription erfüllet. Und dise als wahrhafftere Meynung haltet And. Knichen de vestit. pact. parte 2. cap. 3. n. 69. und D. Balth. cap. 18 vers. ulteriùs invertendo. wo er auf die Ursachen für beydseitige Meynung standhafft antwortet.

7. Drittens wird gefragt, wann zwischen dem Herrn und Unterthanen bedungen worden, daß sie entweders die Scharwerck selbsten verrichten, oder darfür ein gewisses Geld bezahlen sollen, wer die Wahl habe der Herr oder die Unterthanen? und wir antworten, daß jener die Wahl habe, zu dessen favor dise eintwedere Bedingung beschlossen worden. Carpzov. in Jurisprud. Rom. const 4. defin. 5. n. 1. oder auf welchen die Bedingungs-Wort dirigirt worden. Carpzov. loc. cit. n. 3. Wann solches von keinem erhellet, so hat im Zweifel der jenige die Wahl, der Schuldner ist. Krafft des Tert. in L. plerumque 10. §. ult. ff. de jure dotium L. si quis servum. 10. Cod. de condict. indeb. L. quod autem. ff. de donat inter vir. & ux. L. si in emptione 34. §. si emptio. ff. de contrah. empt. §. si quis agens. Instit. de act. cap. in altern. 70. de R. J. in 6to.

Viertens wird gefragt, wann die Unterthanen gemessene und gewisse Scharwerck schuldig seynd, ob der Herr solche in andere verkehren könne, zum Exempel, die Wein-Scharwerck in Getrayd-Scharwerck oder hingegen? und es antwortet gantz recht Carpzov. Resp. lib. 1. tit. 6. respon. 56. n. 8. daß der Herr solche Abänderung wider Willen der Unterthanen nicht thun könne, aus Ursach, weilen nur jenes begehrt werden kan, was man schuldig ist, und gleichwie wider Willen des Glaubigers eins für das andere nicht bezahlt werden kan, also auch wider Willen des Schuldners kan von ihme eins für das andere nicht begehrt werden. L. 2. §. Mutuidatio ff. si cert. pet. Wesenbec de solut. n. 4. Und obwohlen D. Balthas. de oper. rustic. cap. 16. vers. præterea quæritur. mehrmalen disen casum ausnimmt, wann der Herr die gemessne gewisse Dienst nicht brauchen kan, Krafft der autheut. hoc nisi. Cod. de solut. wo enthalten ist, daß jener, der kein Geld hat, welches er schuldig ist, seinem Glaubiger Satisfaction geben könne, wann er ihme seine beste Sachen anbiettet, wir jedoch Krafft schon gemachter deduction erkennen dise Ursach für nicht erklecklich. Die Ursach des Unterschieds ist, weilen der, so Geld schuldig ist, wann er solches nicht hat, nichts destoweniger schuldig verbleibt. Ist sich also nicht zu bewunderen, wann er anstatt des Gelds zu einer anderen Satisfaction angehalten wird, aber jener, der die Scharwerck zu verrichten gehalten ist, der ist nicht schuldig solche zu præstiren, wann man solche nicht braucht. Dann wer wird sagen, daß die Unterthanen, welche schuldig seynd des Herrn Sach zur Kriegs-Zeit an ein sicheres Ort zu überführen, wann in 100. Jahren kein Krieg entstehet, dahin können angehalten werden, daß sie anstatt solcher Fuhren andere verrichten, oder Geld darfür bezahlen sollen? bleibt also ein beständige Regul, daß des Herrn Nothdurfft die Schuldigkeit der Scharwerck gebähre, welche Nothdurfft wann nicht vorhanden ist, auch daraus keine Schuldigkeit entspringt, und also Krafft der Auth. hoc nisi. kan keine Abänderung der Schuldigkeit zugelassen werden. 8.

Hier reden wir von denen Vogtey-Scharwercken, dann wir vermeinen, daß wegen denen Gült-Scharwercken ein anderes zu reden seyn, dann die Gült-Scharwerck seynd ein Theil der Gült, und fallen ein in die erste Schuldigkeit, mit wel- 9.

cher dem Unterthanen das Guth Stifft-weiß überlassen wird. Wann also sich zutragt, daß die Grund-Herrliche Scharwerck, welche man Krafft des errichteten Contracts schuldig ist, nicht können verrichtet werden, so wird recht gesagt, daß das Geld die Scharwerck vertrette. Wie wir in disem ein Exempel haben, der eine Sach begehrt, welche zu Grund gangen ist, weilen statt deß der Werth bezahlt werden muß. L. si & rem 32. ff. de petit. hæred. absonderlich in fungibilibus L. incendium. 11. Cod. si certum pet. Und hier schlagt ein Auth. hoc nisi Cod. de solut. wo anstatt Geld, welches man schuldig ist, ein andere Sach an Bezahlungs Statt kan gegeben werden, wann das Geld abgehet, also auch, wann man die bedungene Scharwerck nicht præstiren kan, muß anstatt deren die Bezahlung geschehen. Wir haben ein tägliches Exempel an denen Clöstern, Dom-Stifftern und collegiat-Kirchen, welche in Oesterreich aber an solchen Orten gelegene Wein-Güther haben, wo der Natur nach nur Oeßig wachset, wie in Bayern, weilen nun denen München und Dom-Herrn, die bessere Wein gewohnt seyn, solch saure Wein nicht trincken, so erinneren wir uns, öffters die Frag gestelt worden zu seyn, ob sie ihren Bauern, welche Krafft der uhrsprünglichen Fundation auf denen eignen Oesterreichischen Wein-Güthern zum Closter oder Dom-Stifft führen müssen, andere Fuhren in Schwaben oder Tyroll aufbürden, oder für dise Scharwercken, so sie in Oesterreich schuldig seynd, ein billiges Geld begehren können? Uns hat es allzeit gedunckt, daß, weilen dise Gült-Scharwercken ein Theil der Gült seyen, wie wir offt gesagt haben, beydes geschehen könne, wann nur kein Ubermaß vorbey gehet. Dann was wäre es, wann in Oesterreich gar kein Wein wachset? gewiß niemand wird sagen, daß die Bauern von der Schuldigkeit ihre Gült zu liefern frey seyen, gleichwie nun in dem Fall, wann der Wein an dem fundirten Ort nicht wachset, die Unterthanen nichtsdestoweniger anstatt der schuldigen Fuhren das Geld darfür bezahlen müssen, also auch müssen sie verbunden bleiben, wann der Wein nicht gut gerathet, welcher nicht zu trincken ist. Es können aber dergleichen Gült-Scharwercken leichter mit Geld ersetzt werden, dann durch andere Fuhren in Schwaben und Tyroll. Dann obwohlen denen Meilen nach bald eine Gleichheit gemacht werden kan, weilen doch die Weeg an zerschidene Ort sehr unterschiedlich seynd, und für eine Regul gehalten wird, daß, wann einer verbunden ist, an dises Ort zu fahren, diser an ein anderes unbequemeres Ort zu fahren nicht angehalten werden könne. Wesenbec. de rebus cred. n. 11. Die mehrere Grund-Herrn thun gantz recht, wann sie solche Scharwercken zu Geld anschlagen, deme sich die Bauern unserer Meynung noch nicht widersetzen können, dann es bringt die natürliche Billigkeit mit sich, daß, wann der Grund-Herr die Scharwerck, welche ein Theil der Gült seynd, nicht brauchen kan, der Unterthan statt deren andere verrichten, oder solche mit billigen Geld ersetzen müssen, Krafft des Text in L. si ita. 39. §. 1. ff. de oper. libert. L. patronus. 25. §. 1. & 2. ff. eodem.

Fünfftens wird gefragt, ob jenes, was 10. wir zuvor von der Bauern Schuldigkeit wegen der zu Reparirung der Herrschafftlichen Häuser zu thun habenden Scharwercken gesagt haben, auch Platz haben in dem Fall, da der Vogt-Herr andere Gebäu als Städel, Ställ, Getraid-Böden, und dergleichen zu seiner Hauß-Nothdurfft, oder Nutzen aufbauen, oder repariren will? Unsere Herrn Sachsen sagen von darummen nein, weilen in denen Sächsischen Statuten von disen zufälligen Gebäuen nirgends gedacht wird, sondern allein von denen Herrschafftlichen Schlössern oder Wohn-Sitz, und dises erstrecken sie auch so weit, daß die Bauern auch bey Reparation der Herrschafftlichen Schlösser weder zu Beyführung der Pflaster-Stein, Kalch, noch Sand, oder Weckführung des alten Beschitt gehalten seyen. Welches fürwahr vil ist. Lese den Moler. ad constit. Saxon. part. 1. part. 5. quæst. 2. & lib. 2. semest. cap. 31. per totum Berlich. lib. 2. conclus. 66. n. 5. & seqq. wegen diser Ursach allein, weilen in dem Sächsischen Recht von dergleichen zufälligen Gebäuen, und Kalch, Sand und Stein-Fuhren keine Verordnung zu finden. Obwohlen nun in unsern Vatterland weder von denen Gebäuen selbsten oder Herrschafftlichen Schlössern ein eigentliche Verordnung gefunden wird, so ist doch gar gewiß, daß die Bauern-Scharwerck gefodert, und ohne Wiederred verrichtet werden, nicht allein bey Erbauung der Schlösser, sonder auch bey denen Neben-Gebäuen, welche gleichsam ein Theil deß Schloß seynd. Wann nur dise Bescheidenheit beobachtet wird, daß die Bauern nicht unterdruckt werden, sonder sie ihrer eigner Hauß-Würthschafft, und ihren Bauwesen abwarthen, mithin sich und die ihrige ehrlich unterhalten können. Wir haben bey Erbauung eines neuen Schloß, da die Arbeit am häfftigisten ware, eigne Ochsen gehalten, und zu Vollbringung der schwähreren Fuhren taugliche Wägen beygeschafft, womit beständig Sand, Stein, und Holtz beygeführt wurde. Nur zu

Scho-

Schonung der Unterthanen, welche doch zur Zeit, wo der Acker-Bau verrichtet gewesen, gern unterschidliche Fuhren, ohne Wiederred verrichtet haben, wie in gantzer Provinz der Brauch ist, und observirt wird.

11. Sechstens wird gefragt, ob der Herr zu Verrichtung der Scharwercken denen Unterthanen den nöthigen Werckzeig beyschaffen müsse? und wir antworten, es seye der gemeine Sentenz, daß die Unterthanen mit eignen Werckzeig dienen müsse, zum Exempel, der Bauer muß mit eignen Wagen, Oeggen, Pflug und Schlaipfen und dergleichen, ein Hand-Schawercker / aber mit eignen Hammer, Sichel, Stroh-Stuhl, Hacken, Peil, Heu-Gabel, Hobel, Sensen, Fischer-Garn, Trischl, Sib und dergleichen dienen. Jason in L. si non sortem. 26. §. libertus. 12. ff. de condict. indeb. n. 30. Husan. de homin. propr. cap. 6. quæst. 7. n. 65. Ja wann die Unterthanen bey Verrichtung der Arbeit ein Instrument verbrechen, verderben zu Grund richten, oder verliehren, so ist der Herr nicht schuldig solche machen zu lassen, oder neue beyzuschaffen. L. si laborante 2. §. 1. ff. ad L. Theod. de jactu. Jason loc. cit. n. 31. Sixtin. de regal. lib. 2 cap. 13. n. 77. & seqq. Welches doch also zu verstehen ist, wann nicht der Herr Schuld an solchen Schaden hat. Zum Exempel, weilen er die Wägen der Unterthanen so schwehr beladen hat, daß die Räder gebrochen, weilen dann der Herr selbst daran Schuld hat, so ist kein Zweiffel, daß er nicht actione legis aquiliæ, oder actione in factum zu Ersetzung des Schadens belangt werden könne. Sixtin. de Regal. lib. 2. cap. 14. n. 78.

Eine andere und zwar 7. Frag ist, wann die Unterthanen bey Verrichtung der Scharwercken von denen Feunden oder Raubern ausgeblindert, ihnen auch die Pferd und Oxen mit samt denen Wägen weckgenommen, oden verderbt werden, ob der Herr denen Unterthanen den Schaden ersetzen müssen? und es antwortet Sixtinus. mit Alcat. und Mollin. in L. neminem Cod. de SS. Eccles. mit nein. Dann obwohlen in L. merces. 35. §. culpæ 4. ff. locati. enthalten, daß der Inngeheiß um den Schaden, welchen die Freund deß Herrn in der vermütheten Sach zugefiegt haben, nicht gehalten seye, so handlen wir doch hier nicht von denen Diensten, welche vermüthet worden, sondern von solchen Diensten, welche die Unterthanen in Krafft und wegen des Gesatz verrichten müssen. Sixtin. loc. cit. n. 79. Wo er dise Materi, wann eine privat Freundschafft den Herrn verbinde, dem Vermüther oder Inngeheiß den Schaden zu ersetzen, weitleiffiger durchsuchet, wir aber lassen dise Materi liegen, weilen wir in der Materi locati conducti nicht begriffen seynd, sonder in einer allgemeinen Regul, daß eine jede Sach seinem Herrn zu Grund gehe, wann nicht ein anderer daran Schuld hat. 12.

Des XXIII. Tituls

Um Ban-Holtz, und Schleg.

Erster Articul.

WEr eines Holtzs, es sey eigen, oder Lehen, im Innhaben ist, bey rechter Nutz, und Gewehr als Lang-Recht ist, das ist und soll ein Ban-Holtz genennt werden. Wolt ihm aber jemand darein sprechen, der soll es thun, wie recht ist.

Summaria.

1. Was ein Ban-Holtz seye?
2. Ob an einigen Orten Ban-Forst gebe?
3. Warum der Articul allein von Ban-Holtz rede?
4. Was hierzu erfordert werde, daß ein Ban-Forst *præscribirt* werde?
5. Was dise Verordnung über die Ban-Höltzer für einen Nutzen habe?
6. Ob nicht ein anderer in solchen Ban-Höltzern das Waid-Recht, oder das Recht Holtz zu schlagen haben könne?

Die drey nachfolgende Titul seynd aus denen alten Bayerischen Statuten entnommen worden, und deßwegen obscür und unlauther. Wir wollen solche best möglich auslegen. Und zwar vor allem wirfft der erste Art. aus, was
1. ein Ban-Holtz seye: daß dise Materi an dises Ort gesetzt worden, ist die Ursach, weilen bißhero von denen Rechten und Gerechtigkeiten der Bauern und Unterthanen gehandlet worden, unter welche auch gezählt werden, die Ban-Höltzer. Dahero sagt der Art. jenes seye ein Ban-Holtz, welches einer so lang innhalt, daß er Nutz und Gewehr, ersessen, das ist, præscribirt hat. Daß das Wort Ban ist alt und barbarisch, und zeigt allzeit etwas verbottnes an, wie aus denen Worten abzunehmen ist. Ban-Wald, ein Ban-Forst, ein Ban-Gejaid, das ist ein Wald oder Forst, oder anderer Ort, in welchem pur Recreation des Fürsten das Recht zu jagen vorbehalten worden, und zwar bey Straff der Relegation, und Verlurst einer Hand, und dahero werden in dergleichen banirten Orten Tafflen aufgericht, worauf das Hand abhauen abgemahlen ist, damit kein Ubertretter sich durch die Unwissenheit entschuldigen könne, und schier in gantzen Europa werden die Banditen genannt, welche aus dem Land religirt worden. und Bannum Imperii wird genannt, wann einer aus dem Reich relegirt, und ihme Wasser und Feuer benommen wird. Und obwohlen unser Art. von disen Ban-Höltzern nicht redet, welche ein criminal Verbott haben, so erhellet doch aus der Beschreibung, daß ein Wald, welchen ein Bauer in einen rechtmessigen und zum Præscribiren nothwendigen Zeit Innhat, ein Ban-Holtz seye, das ist, ein solches Verbott habe, daß der Innhaber vom Anfall anderer frey und sicher seye. Aus welchem sich ergiebt, es seyen zweyerley Gattungen der Wälder, einige, welche allen gemein seynd, andere aber, welche privat seynd. Jene welche gemein seynd, und von jederman können gebraucht werden, können keine Ban-Höltzer genennet werden, weilen sie kein Verbott haben, daß nicht ein jeder darein gehen, und sich dessen zu seinen Nutzen bedienen könne (welche Förſt doch heut zu Tag rar seynd) wann aber ein Wald einem privaten Jure dominii zugehörig ist, so wird er ein Ban-Wald genenet, weilen niemand erlaubt ist, wider des Herrn Willen darein zu gehen, und daraus einen Nutzen zu ziehen. Uber dise Materi schreibt schön Barth. Cassan. ad consuet. Burgund. rubr. 13. §. 2. per totum. wo er auch die Flüß, Bäch, Mühlen und dergleichen Banirt nennet, worüber die privat Leut Herr seynd, weilen sie darinen nicht turbirt werden können, indeme sie, wie wir gesagt haben, durch das Verbott, so von Gesatz gelegt worden, sicher seynd. In dem uralten Bayerischen Statuten-Büchel cap. 6. art. 7. werden die Zäum, welche nicht einer Gemein, sonder privat Bauern zugehören, genennet die Ban-Zäun, und alldort wird scharpf verordnet, daß um Georgi die Ban-Zäun aufgericht seyn sollen, welches wann von einem oder dem anderen nicht geschehen ist, wird dem Fron-Bott, oder Schörgen anbefohlen, die Nachbarn zusammen zu ruffen, und in die Lucken zu sitzen, auch offentlich zu verkinden, wem dise Lucken zugehöre? Deme solche zugehört. Der muß dem Schörgen zur Straff der Nachlässigkeit 12. Pfennig bezahlen, und nachgehends befihlt ihm der Schörg, daß er inner 8. Tagen den Zaum aufrichten soll, wann er aber nicht gehorsamt, so ist er um allen Schaden, welchen die Nachbarn wegen nicht aufgerichten Zaun erlitten, gehalten, und wann der Schaden bey Tag geschehen, so muß der Nachlessige dem Richter 70. Pfennig zur Straff bezahlen, wann aber der Schaden zu Nachts-Zeit geschehen, ist er um 10. Schilling Pfennig gehalten, welche, jeden Schilling zu 30. Pfennig gerechnet, 300. Pfennig ausmachen, dann ein Schilling ist der achte Theil einer gantzen Zahl, und ein Schilling macht vom gantzen Gulden $7\frac{1}{2}$ kr. daß ist 30. Pfenning wie man zu rechnen pflegt.

Es redet ewar unser Art. allein von denen Ban-Höltzern, anderstwo doch giebt 2.
es mehrere dergleichen banirte Recht, und Gerechtigkeiten, wie zu lesen ist bey Cassanæ. loc. cit. und Cæpol. in tract. de servit. Rust. quæst. 15. und Wehner. in pract. observat. lit. B. vers. Ban-W. in. Wo er sagt, daß bey den Kirchweihen oder Bauern an vilen Orten die Herrschafften das Recht haben, Wein, Bier und dergleichen trinckend- und essende Waaren feil zu haben, welche Feilschafften Ban genennet werden, weilen die Herrn vermeinen, daß ihnen allein, oder jenen, so sie es zulassen, dises Recht zustehe.

Warummen aber unser Art. allein von 3.
Ban-Höltzern rede, da die Unterthanen præscribirt, Nutz und Gewehr ersessen haben, ist unsers Erachtens die Ursach, weilen, wann einer mit einem rechtmessigen Titul bedeckt ist, dergleichen Widersprechungen selten sich zutragen, über jenes aber machen meistens die Recht eine Verordnung, wobey öffters sich Widersetzungen zutragen. Es ist aber bey denen Bauern und gemeinen Leuthen nichts gemeiners, als daß sie sich in dem Innhaben fundirn, welche, wann also beschaffen, daß sie die Præscription nach sich ziehet, so eignet solcher

cher Besitz dem Besitzer das Ban-Recht, und völlige Sicherheit zu.

4. Wann man fragt, was zu solcher Præscription nothwendig erfodert werde? So antworten wir, daß obbesagter massen bey dergleichen Juribus negativis nöthig seye, daß einer denen anderen den Besuch deß Forsts verbotten habe, und solchen Verbott die andere durch 30. Jahr nachgelebt haben, dann solchen Falls hat er præscribirt, und wird solcher Wald für ein Ban-Holtz gehalten, also daß die übrige Bauern von Nutzung solchen Walds ausgeschlossen werden, wie Cassan. loc. cit. gantz ähnlich dem jenigen, was wir oben gesagt haben, auslegt.

Unser Art. thut dise Auslesung nicht allein auf eigne, sonder auch auf Lehen-Güter erstercken, weilen, gleichwie ein jedwedere Sach, wann alle Erfordernussen beobachtet worden seynd, für eigen præscribirt werden kan, also auch ein Lehen-Guth præscribirt werden kan, und gleichwie eine solche für eigen præscribirte Sach gesagt wird, verbant zu seyn, also auch, wann sie für ein Lehen præscribirt worden, kan sie auch verbant genennet werden, weilen die Præscription der Verbott und Ausschluß anderer vom gemeinschäfftlichen Nutzen und Gebrauch mit sich bringt.

Letztlich doch macht unser Art. einem jeden frey, wann er vermeint einen gerechten Handel zu haben, daß er dem Besitzer einen Wiederspruch thun könne, wann nur diß geschicht, wie rechtens ist, das ist, durch ordentlichen Proceß, und Ordnung, und den anderen in der possession vel quasi ohnbeunruigt verlaßt.

5. Wann man fragt, zu was Nutzen ein eigner Titul von Ban-Höltzern gemacht worden, wo doch sonsten klar genug ist, daß niemand in Possession vel quasi seines Rechts turbirt werden solle? Wir antworten, es kan fast keine andere Ursach beygebracht werden, als daß der Durchleichtigiste Gesatz-Geber jenes, welches die Vor-Eltern statuirt haben, aus Veneration des Alterthums nicht gern ausgelassen habe, obwohlen in dem 20. Tit. Der Land-Recht, von der Entwehrung und Lib. 5. tit. 6. Von thätlichen Gewalt der Privat-Persohnen ein satsamme Verordnung gemacht worden. Oder es ist villeicht dise sonderheitliche Verordnung von Ban-Höltzern von darummen geschehen, weilen die gemeine Leuth sich einbilden, daß die Wälder allen gemein seyen, wie die schiffbahre offentliche Flüß, wo doch dise Gemeinschäfftlichkeit, welche aus dem Völcker Recht ihren Ursprung hat, schon vorlängst in Abgang kommen, also daß kaum ein schlechtister Winckl mehr in der Welt zu finden ist, der nicht seinen eignen Herrn hat, also daß obangeführter Barthol. Cassanæ. loc. cit. gantz recht sagt, daß alle Flüß, und Wälder für bannirt zu halten seyn, absonderlich wann einer im Innhaben ist, oder, wie die Reformation von An. 1588. sagt, wann er gesessen ist bey rechter Nutz und Gewehr. Aus welchem folgt, daß ein solcher, der ihme einbildet, der Wald seye gemeinschäfftlich, und also behaubtet, er habe darin das Recht Holtz zu schlagen, so muß er, weilen die Præsumption zum Widerspihl obwaltet, seine vorschutzende Gerechtsamme rechtmessig erweisen. Krafft der zu letzt gesetzten Wort dises Art. Wolte ihm aber jemand darein sprechen, der soll es thun, wie Rechtens ist.

Man wird entgegen setzen, wann jener nur für einen bannirten Wald gehalten wird, 6.
welcher eigenthumlich einem anderen in Krafft rechtmessigen Tituls, und Præscription zugehört, als wird umsonst dem anderen, welcher über solchen Wald ein Recht zu haben prætendirt, der ordinari Proceß zugelassen, weilen ja wider den Herrn des Eigenthums halber kein Action mehr Platz finden kan. Hierauf nun antworten wir, daß doch einem aus einem anderen Recht, als welches ex dominio entspringt, eine Prætension zustehen könne. Zum Exempel das Holtz zu schlagen, zu waiden rc. welche Prætension ja nicht præsumirt wird, sonder probirt werden muß. Hernach; obwohlen eigentlich ein Ban-Holtz ist, welches eigenthumlich einem anderen zugehört, so scheinet doch, daß unser Art. nicht allein jenen für einen bannirten Besitzer halte, der die Præscription erfüllet hat, sonder auch jenen, der in Besitz der Præscription ist, Krafft der Worthen: Der im Innhaben ist bey rechter Nutz und Gewehr, oder wie die Reformation redet, Der gesessen ist bey rechter Nutz, und Gewehr, welche Wort eigentlich anzeigen, daß nicht allein jener für einen bannirten Innhaber zu halten seye, der die Præscription vollendet hat, sonder auch jener, welcher in der Præscription begriffen ist, dann auch diser ist ohne ordentlichen Proceß nicht abzusetzen, oder in seinem Recht zu beunruhigen, wie wir oben beym 20. Art. der Land-Recht mit mehreren ausgeführt haben, wo unter andern gesagt worden, daß kein Besitzer, wann er schon ein Dieb oder Rauber ist, mit Gewalt abzusetzen seye, wie vilweniger also ein solcher, der in Besitz der rechtmessigen Præscription gefunden wird.

Der anderte Articul.

WO Schläg seyn, und jemand sein Vieh darauf trieb, und der Schlag unter dreyen Jahren ist, so soll man dem, deß der Schlag ist, von dem Haubt geben 14. Pfennig, und ist es bey der Nacht, zwir so vil, und dem Richter die Buß nach Ermessigung.

Summaria.

1. Ob erlaubt seye, auf den Schlägen Vieh weyden.
2. Wann das Weyden geschieht, was für eine Straff darauf geschlagen seye?
3. Warum ein Unterschied gemacht werde, unter dem Tag und Nacht weyden?
4. Ob nicht auch die *actio legis aquiliæ*, oder die *actio in factum*, oder die *actio*, *si quadrupes &c.* Platz habe?
5. Warum der Art. allein vom 3-jährigen Schlag rede, und ob nicht nach 3. Jahren das Weyden frey seye?
6. Was Rechtens, wann die Abweydung öffters geschehen, ob die Straff zu vermehren seye?
7. Ob solche Straff in einem Stifft-Wald, oder Lehen-Wald, dem Stifft- oder Lehen-Herrn, oder dem Stifft-Bauern oder Vasallen zugehöre?

1. DIser und der nachfolgende Art. verordnen, was Rechtens seye, wann einem in seinem Ban-Holtz von anderen Schaden zugefügt wird, und zwar diser Art. begreifft in sich den in denen Schlägen, oder wie sie anderstwo genennt werden, in denen Stocketen zugefügten Schaden, dann es ist der gemeine Brauch bey denen Bauern, und guten Haußhalteren, daß, wann sie einen eignen Wald haben, solchen zur Hauß-Nothdurfft in 30. und mehr Theil abtheilen, so vil Jahr zum Nachwachs der brauchbaren Bäumen nöthig seynd, damit niemahlen sie an Holtz Mangel leiden. Der Ort nun, wo das Holtz gehauen und gemacht wird, wird genannt ein Schlag, ein Stocket. worein niemand erlaubt ist das Vieh auf die Weyd zu treiben, damit nicht das Vieh die neue nachwachsende Sproß abfrötzen, und dem Innhaber des Grunds für das künfftge schaden.

2. Damit nun disem Ubel vorgebogen werde, weilen das Holtz nicht wie das Graß wachset, so thut diser Art. dise Boßheit scharpf verbietten, und, wann der Schlag unter drey Jahren ist, dem Herrn des Grunds für jeden Kopff des darein getriebnen Viehs, wann es bey Tag geschehen, vierzehen Pfennig, wann es aber zu Nacht geschehen, noch so vil das ist 28. Pfennig zu sprechen, und dem Richter noch darzu die Straff vorbehalten, welche nach unsern neuen Statuten willkürlich ist, nemlich nach Beschaffenheit des zugefügten Schaden, nach der Reformation aber ist die Straff der Ersetzung des Schadens gleich.

3. Man wird also fragen. 1. Warum in disem und vorgehenden Art. ein Unterschied gemacht werde unter dem Schaden, der bey Tag oder Nacht zugefügt werde? und wir antworten, daß jener eine grössere Schuld und Fehler begehe, der dem anderen in der Nacht einen Schaden zufügt, als der bey dem Tag schadet, wo sich der Beschädigte vorsehen, und vor Schaden hütten kan.

Du wirst 2. fragen, wann der Schaden, welcher zu Tag oder Nacht beygefügt worden, mehr als 14. Pfennig auswirfft, darff wohl der Beschädigte wegen des weiteren Schaden nicht mehr klagen? wir antworten, uns komme nicht vor, daß hiedurch die actio legis aquiliæ, de damno dato, oder die actio in factum, oder die actio si quadrupes pauperem fecisse dicatur, aufgehoben worden seye, daß aber der Gesatz-Geber dise Moderation habe thun wollen, ist geschehen, damit der vile der Stritt-Händel begegnet werde, absonderlich weilen dise moderation auch hart genug zu seyn scheinet, weilen solche für die gantze eingetriebne Heerd-Vieh auf ein grosse den Schaden übersteigende Summ auffsteigen kan. 4.

Du wirst 3. fragen, warumen der Art. allein vom 3-jährigen Schlag oder Stocket rede? und wir antworten, daß dessen glaublicher die Ursach seye, weilen die neue Sproß meistens inner 3. Jahren noch zart und abfrätzbar, die ältere aber schon härter, höltziger und nicht mehr so abfrötzbar seyn. 5.

Du wirst 4. fragen, ob also nach 3. Jahren einem jeden frey stehe, sein Vieh in dergleichen Schlag zum weyden treiben zu därffen? und wir sagen nein, sonder der Grund-Herr hat nach Beschaffenheit des

des Schadens oben schon erzehlte actiones, und dem Richter verbleibt die willkürliche Straff nach Beschaffenheit der Umständ.

6. Du wirst 5. fragen, was Rechtens seye, wann solcher Schaden im 3jährigen Schlag nicht einmahl sonder öffters geschehen, ob man mit einfacher Bezahlung der vierzehen Pfennig zu frieden seyn müsse? Und es scheinet, es seye mit Ja zu antworten, weilen der im Ubelthun das erstemahl erwischte nur einmahl gestrafft wird, wann er schon die Ubelthat öffters verübt hat, wie bey Ehebrechern und Dieben eine tägliche Sach ist. Wir aber antworten, daß der, so Schaden zufügt, so offt zu exequiren seye, so offt er die Abfrötzung wiederhollet hat. Die Ursach ist an sich selbsten klar, weilen die in disem Art. ausgeworffne vierzehen Pfennig dem Beschädigten anstatt der Ersetzung des Schadens zugesprochen werden, die Ersetzung des Schadens aber muß so offt geschehen, so offt einer beschädiget wird. Und diß alles ist dergestalten Rechtens, daß wir für unnöthig erachtet, disen rechtlichen Grundsätzen einige Allegationes beyzulegen, diß aber alles ist sonderheitlich gewiß, wann wir reden von einem in Wald gethanen Schaden, welcher Wald einem Eigenthümlich zugehört, aber

Du wirst letztlich fragen, was zu sagen seye, wann der Wald ein Lehen ist, ob ein Theil von der Ersetzung des Schadens auch dem Lehen-Herrn gebühre? Und wir vermeinen, nein, weilen alle Nutzung des Lehen dem Vasallen gebührt, in dessen Stell die Ersetzung des Schadens eintritt. Eben dises ist zu sagen von einem zugefügten Schaden in einem Wald, der einem Stifft-Bauern zugehört. Dann obwohlen weder diser, noch der vorige Art. von denen Stifft-Güthern eine Meldung thut, so ist doch kein Zweiffel, daß, was vom Lehen gesagt wird, bey denen Stifft-Güthern zu halten seye, weilen auch der Stifft-Bauer den Wald, welcher ein Stifft-Guth ist, als ein Eigenthum besitzt, und also ein solches Ban-Holtz genennt werden kan, und weilen dem Stifft-Bauern alle Nuzung der Stifft-Güther zugehört, so muß ihme auch zugehören jenes, was wegen deß ihme zugefügten Schaden ersetzt wird. 7.

Der dritte Articul.

Wo einer dem anderen in seinem Ban-Holtz einen oder mehr Bäum heimlich abhauet, oder stihlt, der soll es dem Herrn, deß das Ban-Holtz ist, mit der Zwy-Gült zu wiederlegen schuldig seyn, und solch Holtz soll betheuert, und geschätzt werden, nach dem Wereh des Baums, ehe daß derselb abgehauen ward, was der Herr deß hätt geniessen mögen, auch nach Gelegenheit der Gegend, und zugefügten Schadens, und soll dem Richter nichts desto weniger die Straff bevor stehen. Wo aber einer dem anderen sein gewunnen Holtz hinführt, oder einen March-Baum abhackt, der soll darum gestrafft werden, wie hernach im anderen und dritten Articul des 25. Tituls gesetzt ist.

Summaria.

1. Wie einer, der Diebischer Weiß die Bäum ababhauet, oder das gemachte Holtz wegführt, *criminaliter* zu straffen seye?
2. Wie um den doppelten Ersatz zu handlen seye?
3. Ob gleiches Recht seye, wann die Bäum nicht gar abgehauen, sondern beschädigt oder geschölt werden?
4. Ob unter den Nahmen gehauener Bäum sowohl die fruchtbare als unfruchtbare verstanden werden?
5. Ob unter dem Wort Hauen auch verstanden werde das Sögen?
6. Item die Ausrothung?
7. Was für ein Unterschied seye unter der *action legis aquiliæ*, und der *action arborum furtim cæsarum*?
8. Wann gesagt werde, daß die Bäum gestohlner Weiß gehauen werden?
9. Ob die *actio arborum furtim cæsarum* auch Platz habe, wann das Staudenwerck abgehauen wird?
10. Ob auch unter die Bäum gezehlt werden die Reben, Weyden rc.
11. Wann einer die *actio arborum furtim cæsarum* angestellt hat, ob er auch die *actio legis aquiliæ* anstellen könne und hinwieder?
12. Ob dise *actio arborum furtim cæsarum* auch wider die Erben Platz habe?
13. Wie die abgehauene Bäum zu schätzen seyn?
14. Oder der Werth der geschätzten Bäum dem Herrn doppelt gegeben werden müsse?

15. Wann einer durch die *action legis aquiliæ* die Ersetzung des Schadens erhalten hat, ob nicht die *actio arborum furtim cæsarum* erlösche?
16. Ob auch der Werth, so man durch die *actio legis aquiliæ* bekommt, von der Straff der Verdoplung, welche man durch die *action arborum furtim cæsarum* erlangt, abzuziehen seye?
17. Ob nicht allein der Abhauer, sondern auch der Befehls-Geber an dise *action* gehalten seye?
18. Wann mehrere Schuld haben, ob alle um das doppelte gehalten seyen.
19. Ob nicht dise *action*, wann sie schon *pœnal* ist, doch *perpetua* seye?
20. und 22. Ob dise *action* allein dem Herrn gebühre, oder dem Nutzniessungs-Herrn oder einem Stifft-Bauern, item einem, der gleichsam Herr ist?
21. Was Rechtens wann der Grund-Herr, und der Nutzniessungs-Herr zusammen kommen mit der *action arborum furtim cæsarum* ob das *dupplum* abgetheilt werden müsse?
23. Ob dise *action* einem *usufructuario* zustehe?
24. Wann der Schaden geschehen ehe die Sach verkaufft worden, ob dise *action* dem Verkäuffer gebühre, wann schon dem Käuffer die Sach eingeantwortet worden ist?

In dem vorhergehenden Art. haben wir gehandlet vom Schaden, der einem in dem Ban-Holtz durch Weydung fremden Viehs zugefügt wird, jetzt setzt diser Art. disen casum, wann einem ein Schaden durch Holtz-Hauen, und Wegführen geschieht, welcher casus, wie der Art. setzt, zweyfach seyn kan. Der erste ist, wann einer Bäum in des anderen Ban-Holtz heimlich abhauet, und wegführt; und der ander, wann der Herr des Ban-Holtz selbsten Bäum gefällt, und zu Scheitteren gemacht, ein anderer aber die Beig-Holtz weggeführt hat. Weilen aber dise Materi dem gemeinen Recht nach mehrere Abtheilungen und Unterschied leidet, indeme wir gantze Titul in gemeinen Recht haben. ff. arborum furtim cæsarum. und in der Carol. pœnal. Art. 168. und anderer Orten dahero erfordert es eine genauere Durchsuchung weßwegen

1. Erstlich ist gewiß, daß wegen der diebisch abgehauenen Bäumen ein doppeltes Gericht seye, das Criminal und Burgerliche. Das Criminal ist fundirt in der peynlichen Halß-Gerichts Ordnung Art. 168. wo eben diser Unterschied, welchen unser Art. macht, formaliter enthalten ist, ob nemlich einer das schon gefällte und zu Scheittern gemachte Holtz weg stehle, oder in des anderen Wald die Bäum heimlich weg haue; in dem ersten Fall befihlt Carolus der Römische Kayser, daß der, so geschlagnes und gescheittertes Holtz stihlt, soll gestrafft werden nach Gestalt der Sachen einem Diebstahl gleich. Dann ein solcher ist für einen Dieb zu halten, wie unser Art. jenen, der eines andern gemachtes und gewunnenes Holtz stihlt, nicht allein einen Dieb nennt, sondern auch jenen, der heimlich Holtz abhauet, für einen Dieb erklärt: obwohlen Carolus der Kayser in andern Fall, den Holtz-Abhauer nicht für einen formalen Dieb haltet, sondern befihlt ihne nach Gewohnheit jedes Orts zu bestraffen; welches hauptsächlich in solchen Fall zu verstehen ist, wann einer im fremden Wald Bäum hauet, nicht zum stehlen, oder weg zu führen, sondern allein dem anderen zu schaden, weilen es solchen Falls kein wahrer Diebstahl, sondern ein zugefügter Schaden ist, welcher ex lege aquilia erhollt werden kan. Obwohlen in dem Fall, wo die Gewohnheit eine grössere Straff als lex aquilia erforderte, keineswegs zu zweifflen ist, daß man auf solcher Straff nach Verordnung des Kayser Carls beharren müsse. In Sachsen wird ein solcher Holtzhacker, wann die Bäum weniger als 3. Ungarische Ducaten werth seynd, willkürlich gestrafft, wann sie aber 3. Ducaten werth seynd, wird er ausgehauen, und wann sie 5. Ducaten ausmachen, aufgehenckt. Coler. decis. 144. n. 24. & decis. 145. n. 10. & seq. verstehe, wann das Umhauen diebisch geschehen ist. Ja L. 2. arbor. furt. cæs. sagt ausdrucklich, daß jener, der Bäum und absonderlich Reben ausgehauen hat, als ein Mörder zu straffen seye, das ist, wie die Glossa erfüllet, er seye an Galgen aufzuhencken, oder wilden Thieren fürzuwerffen, wann er schon ein Edelmann ist, Krafft des Gramat. decis. 36. Wir wollen jenes, was das criminale betrifft, zu unsern Criminal-Procefs verschieben, hier aber allein handlen von der action arb. furt. cæsar. oder legis aquiliæ, de damno dato, welche mit einander einschlagen. Und dise Sach ist zu Rom, wo Holtz-Mangel ist, so wichtig gewesen, daß die Gesatz der zwölff Taffel, nach Zeugnuß des Plinii lib. 17. cap. 1. dessen schon Sorg gehabt haben, verordnend, daß, der, so fremde Bäum unrechtmässig umgehauen hätte, für jeden 25. büssen müsse. Wie zu sehen ist in der Glossa ad prœm. & cit. tit.

Wann nun einer in einem Ban-Holtz einen oder mehr Bäum hauet, der ist gehalten dem Herrn den Schaden doppelt zu ersetzen, das ist, zu der Zwy-Gült, und zwar actione arb. furtim cæs. oder actione legis aquiliæ de damno injuria dato. um einfachen Ersatz. 2.

Und obwohlen 1. der Art. allein von dem Umhauen redet, wann der Baum gantz gefällt, und umgeworffen wird, so 3.

so hat doch dem gemeinen Recht nach die actio arb. furtim cæsar. auch Platz, wann der Baum nicht gantz umgehauen, sonder beschädigt, gespaltet, oder geschölt worden ist. L. 7. ff. eodem. welches wohl zu mercken ist für die Pechler, welche das Bech aus denen Bäumen heraus saugen, und sehr schädliche Leuth seynd, so Krafft des 37. Art. der Forst-Ordnung aller Orten zu vertreiben seynd, also daß so gar auch dem Herrn selbsten in seinem Bau-Holtz Bech zu machen nicht erlaubt ist, weilen die beschädigte Baum meistens abstehen, und dem Herrn des Bau-Holtz gar grossen Schaden zu fügen.

4. Unter dem Wort Baum werden nicht allein jene verstanden, welche Frucht bringen, sondern auch die unfruchtbare. L. 3. §. 1. hoc tit. & L. 17. ff. quod vi aut clam. wie da seynd ein Cypreß, Feichten, ein Buechen, wilder Kersch-Baum, ein Eschbaum, ein Popelbaum, und dergleichen, welche, wann sie schon nicht fruchtbar seynd, nichts destoweniger doch unter dem Wort Baum begrieffen werden, daß der, so sie umhauet, actione arb. furtim cæs. gehalten ist, den Schaden doppelt zu ersetzen, wann sie nur von rechter Grösse seynd L. 11. ff. de usufruct. Cujac. lib. 9. obs. 12. wovon wir kurtz hernach reden werden. Es thut aber auch einer 3. die Baum umhauen, wann er selbsten zwar die Hand nicht angelegt, sonder solche durch einen anderen umhauen laßt. dict. L. 7. §. 4. hoc. tit. es mag der Baum gantz oder nur zum Theil umgehauen seyn. dict. L. 7. §. 3. hoc. tit.

5. Wann aber 4. der Baum nicht umgehauen, sonder abgesägt worden. L. 5. in fin. princ. ff. eod. so hatte zwar die actio arb. furtim cæs. Krafft des Gesatz der 12. Tafflen nicht Platz, weil nicht kan gesagt werden, der Baum seye umgehauen, oder wie der Art. sagt, kan nicht abgehaut genennt werden. Hat also die actio arb. furtim cæs. eigentlich nicht Platz haben können, die Rechts-Gelehrte doch haben unter dem Wort Umhauen auch das Absögen verstanden.

6. Nicht aber das Ausgraben, das ist, wann ein Baum mit der Wurtzel ausgegraben worden, villeicht zu dem Ende, damit er anderstwo eingesetzt werde, L. furtim 7. §. 2. ff. eodem. wo gesagt wird, wann einer einen Baum ausgraben hat, der ist actione arb. furtim cæs. nicht gehalten, dann er thut weder hauen noch sägen: doch aber ist er actione legis aquiliæ gehalten, weilen er den Baum verruckt hat.

Man wird 6. sagen, es seye just das Widerspiel in L. vitim 3. §. quod si 4. ff. eodem. enthalten, wo gesagt wird, daß, wann einer aus einer Beltz-Schull einen Baum genommen, und anderwerts eingesetzt hat, wann er schon keine Wurtzel gefast hat, solcher doch für einen Baum zu halten seye. Wir antworten, diß seye also zu verstehen, daß ein solcher, der einen aus einer Peltz-Schull genommenen, und anderstwo eingepflantzten Baum umhauet, actione arb. furtim cæs. gehalten seyn, wann schon der Baum noch keine Wurtzel gefaßt hat. Welcher casus weit anderst ist, als jener, wovon L. 7. §. 4. redet, welcher text einen ausgrabnen Baum für einen umgehauenen nicht haltet, und also nur die actione legis aquiliæ zulaßt.

Wann man 7. fragt, was für ein Unterschied seye unter beyd disen actionen? so antworten wir, daß man Krafft der action arb. furtim cæs. den Schaden dopplet: actione legis aquiliæ aber nur einfach ersetzen müsse. 7.

Und dahero 8. ist wohl zu notiren, daß bey der action arb. furtim cæs. dolus, oder lata culpa erfordert werde, in so weit rei persecutoria ist, ein jede culpa levissima genug ist. Molin. de delict. disput. 699. n. 2.

Dahero 9. weilen der dolus und lata culpa hart zu probiren ist, wann der Herr den dolum oder latam culpam nicht probiren kan, so kan er noch den Schaden actione legis aquiliæ erhollen.

Uber den 10. erfordert das gemeine Recht zu dessen action, daß der Baum diebisch seye gehauen worden, welches Wort diebisch nicht vom formalen Diebstahl zu verstehen ist, wie gar wohl anmerckt Cujac. ad L. facienda 8. ff. hoc tit. wo er sagt, daß nicht ein jedes ein Diebstahl seye, was Diebisch geschieht, sonder daß hier gesagt werde, jenes geschehe diebisch, was heimlich geschieht. dict. L. 8. §. 3. wo gesagt wird, der hauet diebisch, der heimlich hauet, und L. 7. der ohnwissend des Herrn hauet, um solches zu verdecken, mit welchem unser Art. einschlagt in dem Wort: heimlich abhauet. Wann nun einer in einem fremden Grund einen Baum umhauet, mit Vorwissen des Herrns, der begehet das delictum arb. furtim cæs. nicht, und wann einer solches mit Vorwissen und Willen des Herrn thut, ist er von aller Schuld und Klag frey, wann er aber solches thut wieder des Herrn Willen und Abwahrnung, so verübt er Gewalt, und verfallet in die action vi bonorum raptorum. dict. L. facienda 8. §. 3. ff. hoc tit. & L. 2. in princ. ff. vi bon. rapt. wie dann noch mehrere Rechts-Mittel seynd, welche wider einen solchen gewaltthätigen Holtzhacker können ergriessen werden. 8.

9. Wir haben 11. von abgehackten Bäumen geredt, welche von rechter Grösse seynd, um vorzustellen, daß bey abgehauenen Staudenwerck als da seynd die Krampör, Haßlnuß, Dorn und andere Stauden, und dergleichen unnutzlichen Gestreiß die actio arb. furtim cæs. nicht Platz habe, es wären dann so groß erwachsen, daß sie die Gestalt eines Baums erreicht hätten, gleichwie wir eine Haßlnuß-Stauden, welche in eines Herrn Garten gepflantzt worden, gesehen haben, welche Höhe und Dicke halber so groß als ein rechter Baum erwachsen ist, welche, nachdeme sie Alters halber verfault, den Herrn so bestürtzt gemacht, daß er lieber einen anderen und zwar besten Baum aus denen fruchtbaren verlohren hätte. Für gewiß, wann einer solche Haßlnuß-Stauden heimlich umgehauen hätte, disen hätten wir von der action arb. furtim cæs. nicht entschuldigen können.

10. Unter die Bäum werden 12. auch gezehlt die Reben. L. 3. ff. eodem. ja auch die Geröhr. L. 59. ff. de usufruct. L. 7. ff. quod vi aut clam. L. 3. ff. hoc tit. Die Ephen, und die Widen, ja auch die Oel-Zweig werden Bäum genennt, dict. L. 3. ff. arb. furtim cæs. Daß also obbemeldter Sentenz von denen recht erwachsnen Baumen so streng und genau nicht zu nehmen ist, ausser bey unfruchtbaren Bäumen: weilen ja von denen fruchtbaren zu reden die Bäumel, so aus der Peltz-Schul in einen Garten versetzt werden, keine erwachsene alte Bäum, welche eine rechte Grösse haben, sonder noch zarten Stauden ehender als Bäumen gleich seynd, und hat doch die actio arb. furtim cæs. Platz.

11. Zu mercken ist 13. obwohlen wir gesagt haben, daß mit der action arb. furtim cæs. auch mit der action legis aquiliæ über eins komme, so ist doch solches also zu verstehen, daß, wann einer die action arb. furtim cæs. ergriessen, und die doppelte Ersetzung des Schadens erhalten hat, er die action legis aquiliæ nicht mehr ergreiffen könne, weilen das doppelte das einfache in sich schon begreifft, um welches lex aquilia handlet. Wann nun die Ersetzung des Schadens durch die action arb. furtim cæs. schon erhalten worden, so ist für sichselbsten klar, daß die actio legis aquilæ erloschen seye. Ein anderes ist zu sagen, wann einer zuvor die action legis aquiliæ ergriessen, und die einfache Ersetzung des Schadens erhalten hat, dann diser kan die action arb. furtim cæs. noch ergreiffen; und die doppelte Ersetzung begehren, wann der dolus, oder lata culpa, welche dem dolo verglichen wird, erwiesen ist. Wie schön ausleget Molin. loc. cit. disp. 699. n. 2.

Weiters 14. obwohlen dise action arb. furtim cæs., weilen sie pœnal ist, der Erb und übrige Nachfolgere ergreiffen können, so hat sie doch wider den Erben kein Platz. L. furtim 7. §. hæc actio. 6. ff. hoc tit. Wann nicht der Stritt mit dem Verstorbnen, da er noch lebte, schon befestiget worden ist, dann solchen Falls ein jede pœnal action auch wider die Erben zugelassen wird, Krafft §. penult. Instit. de tempor. & perpet. act. 12.

15. ist zu notiren, daß bey diser action die Schätzung der abgehauenen Bäumen nicht zu machen seye nach dem Werth, welchen ein jeder nach beschehenen Umhauen für solche Bäum geben wurde, sonder nach der Schätzung, wie hoch nemlich die Bäum geschätzt wurden, wann sie noch stunden, nach überlegten allen Umständen, wie hoch der Herr zuvor die Bäum hätte nutzen und anbringen können, Krafft der Wort des Art. und solch Holtz soll betheuert, und geschätzt werden, nach dem Werth des Baums, ehe daß derselbe abgehauen ward, was der Herr dessen hätt geniessen können. Mit diser unserer Verordnung schlagt ein L. facienda 8. ff. hoc tit. wo gesagt wird, daß die Schätzung geschehen müsse, so vil dem Herrn daran gelegen ist, daß er nicht beschädigt werde. Als wollte gesagt werden, daß nicht das abgehauene Holtz, sonder des Herrn Schaden zu schätzen seye, woraus folgt, daß, weilen dem Herrn die fruchtbare Bäum nutzlicher seynd, als die unfruchtbare, also der, so fruchtbare Bäum umhauet, um mehrers gehalten seye, als der unfruchtbare umhackt. 13.

Unterdessen 16. weilen besagter massen dise actio theils rei persecutoria, und perpetua und theils pænalis ist, welche sich auf die Erben nicht erstreckt. So thut Cujac. ad dict. L. 8. und mit ihme Molin. des Pauli J. C. Sentenz also auslegen, daß, weilen das Simplum unter dem doppelten enthalten ist, solches vor allem von dem doppelten abgezogen, und alsdann erst des Herrn Interesse dem Herrn angerechnet werden müsse. Dahero des Herrn Interesse allein Krafft diser pœnal action, und nicht der Werth des abgehackten Baums zu verdoppien ist, durch ein Exempel wird die Sach klärer: setze, daß einer in einem Ban-Holtz 12. Bäum umgehauen habe, deren jeder um 3. fl. geschätzt und werth ist, machen alle 36. fl. aus, der Herr des Walds aber thut sein Interesse um noch so vil ansetzen, wann der Baum nicht wäre umgehauen worden, weilen er aus denen Früchten sehr vil hätte gewinnen, oder solche zu Bau-Holtz hätte verkauffen können 2c. Gewiß nach des Cujacii Meinung muß allein jenes, was dem Herrn daran 14.

gele-

gelegen ist, dem Herrn verdopplet werden, nicht aber der Werth des Holtzs oder der geschlagnen Bäumen; und dahero wird zwar der Deliquent in 98. fl. verfällt, dessen Erb aber in mehr nicht dann 36. fl. welches ob mit unsern Bayrischen Statuten über eins komme, stehen wir an, aus Ursach, weil unser Art. von der Zwy-Gült des Holzs selbsten redet, und 2do. und einen solchen Holtzhacker für einen Dieb haltet, ein Dieb aber muß die gestohlne Sach doppelt ersetzen, und nicht nur das Interesse, und endlich 3. weil nichts neues ist, daß das Interesse selbsten anstatt der Sach actione rei persecutoria begehrt werden könne, welches der geneigte Leser weiters überlegen mag.

15. Aus bißherigen folgt 17., daß, wann der Herr wider den Schaden zufügenden Holtzhacker zuvor, wie er kan, actione legis aquiliæ klagt, und die Ersetzung des Schadens erhalten hat, er sodann actione arb. furtim cæs. nichts anderes mehr erlangen könne, als das, was ihm daran gelegen ist, und zwar dopplet, weil dise action erlöschet, in so weit sie rei persecutoria ist, weilen der gute Glauben nicht zulaßt, daß einer eben eine Sach dopplet begehre und erhalte.

16. Ja 18. wann einer durch die action legis aquiliæ nicht allein die Sach selbsten, sonder auch so vil die Sach in 30. Täg zuruck mehr werth gewesen ist, erhalten hat, so muß solcher Werth quanti majoris, weilen er pœnal ist, von der Straff des dupli, so actione arb. furtim cæs. zugesprochen worden, abgezogen werden, aus Ursach, weil niemand wegen einen Verbrechen doppelt zu straffen ist, und die actio arb. furtim cæs. wann zuvor die actio legis aquiliæ ergrieffen worden, nur in so weit zugelassen wird, was mehrer mit der action arb. furtim cæs. als mit der action legis aquiliæ erworben werden kan. Wann nun wegen angestellter action legis aquiliæ etwas von der doppleten Straff bezahlt worden, es mag wenig oder vil seyn, das kan bey der action arb. furtim cæs. nicht mehr angerechnet werden, damit nicht eins doppelt begehrt werde.

17. Ingleichen 19. Obwohlen nicht allein der Umhauer selbsten, sonder auch der, so das Umhacken befohlen hat, mit diser action belangt werden kan, also daß in der Willkur des Klägers stehet, welchen er belangen will, Molin. loc. cit. n. 8. doch, wann der Beschädigte von einem derselben Satisfaction erhalten hat, so kan der andere nicht mehr belangt werden.

18. Und zwar um so weniger 20. wann mehrere gewesen, so den Schaden gethan haben, also daß alle zum umhauen die Händ angelegt haben, dann wann einer das dopplete bezahlt hat, so werden die übrige von der action arb. furtim cæs. frey, Idem Molin. loc. cit. n. 8.

Jenes 21. ist bey diser action ein besonders, daß, obwohlen sie pœnal ist, doch, gleichwie andere Civil actiones personales, 30. Jahr daure. L. furtim 7. §. hæc actio 6. ff. hoc tit. wo ausdrucklich gesagt wird, daß sie perpetua seye, und zwar nicht allein so weit sie rei persecutoria ist, sonder auch so weit sie pœnal ist, wie gantz recht ausleget. Molina. loc. cit. n. 4. & 10. dessen ist die Ursach, weilen sie kein actio prætoria, sonder ein Civil actio ist, welche ihren Ursprung aus dem Gesatz der 12. Tafflen hat. 19.

Weiters 22. wird dise action niemand als dem Herrn gestattet, L. 7. in princ. L. 8. §. ult. ff. hoc tit. mit welchem auch unser Art. einstimmet, in denen Worten: Der soll es dem Herrn, was er dessen hätte geniessen mögen, mit der Zwy-Gült widerlegen, aus welchem folget, daß, weilen ein Erb- oder Leib-rechter Bauer, oder Herrn Günstler das utile dominium hat, einen solchen Holtzhacker actione arb. furtim cæs. belangen könne. Man wird wiedersetzen, daß ein jedwederer solcher Stifft-Bauer von darumen dise action arb. furtim cæs. nicht habe, Krafft habenden juris dominii utilis, weilen er selbsten das Verbrechen arb. furtim cæs. begehet, wann er dem Stifft-Wald wider Willen des Grund-Herrns fruchtbare oder unfruchtbare Bäum hauet, wie diser Meynung seynd argentoratenses in pandect. ad hunc tit. n. 9. wo sie den valascum de jure emphyt. quæst. 23. allegiren, welcher lehret, daß ein Stifft-Bauer sein Gut mißbrauchen könne. Weilen aber in vorhergehenden 21. Tit. 17. Art. wir klar dargethan haben, daß der Grund-Herr um die caducität den Stifft-Bauern belangen könne, wann er schon das dominium utile hat, wann er durch Umhauung des Holtz das Guth mercklich geschwähet hat, wie auch bezeigt Clarus 4. sent. 26. n. 2. & seq. So wird doch deßwegen ihme als Klägern die actio arb. furtim cæs. nicht entzogen, ohneracht jener Ursach, welche Tabor. in thes. suis thesi 38. hoc tit. beybringt, wo er sagt, es seye schwer, daß eine actio Platz habe wider jenen, der selbst solche action hat, contra L. 62. ff. de judiciis. Dann hierauf wird geantwortet, daß der Stifft-Bauer dißfalls eine dopplete Persohn vertrette; dann, wann ein Dritter die Bäum gehauen hat, wird der Bauer für einen Kläger gehalten, der actione arb. furtim cæs. als Dominus utilis, so vil ihm daran gelegen ist, handlen, und des Schadens dopplete Ersetzung von fremden Abhauer begehren kan: Aber 20.

wann er selbsten wider Willen des Grund-Herrns die Bäum hauet, wird er für den Beklagten gehalten, der wider die Stifft-Recht handlen, und also die Caducität verwürcket, wegen welchen Verbrechen er um sein Recht gebracht werden kan, daß nun dise beyde nicht beysammen stehen können, sehen wir nicht.

21. Doch sagt 23. Molina nicht unrecht, daß, wann der Grund-Herr, und der Bauer als Dominus utilis in der Action arb. furtim cæs. zusammen kommen, daß aus diser action entspringende Duplum jedem zur Helffte zufalle, und hat die Prævention nicht Platz, sonder der auch ihnen das Duplum erhalten hat, der muß mit dem anderen gleich theilen, weilen ihre Causa gemeinschäfftlich ist, Molin. loc. cit. n. 12. obwohlen, wann der beklagte einmahl das Duplum einem aus ihnen bezahlt hat, er frey wird.

22. Gleichwie 24. wann der Grund der gehauenen Bäumen mit mehrern gemeinschäfftlich ist, wann einem die Straff erlegt worden ist, die übrige frey werden, L. 6. §. 1. ff. hoc tit. Ja wir sagen noch mehr, daß nicht allein dise Actio dem Grund-Herrn, und Domino utili, sonder auch quasi Domino zustehe, das ist jenem, der im Stand sitzt zu præscribirn, und sich der Actioni publicianæ bedienen kan, wie wir bey dem vorgehenden Tit. 1. art. gesagt haben, wo der Gesatz-Geber jenen, der in quasi possessione einen Wald zu præscribiren stehet, einem wahrhafften Herrn vergleichet, und den Wald, welchen er besitzt, für ein Ban-Holtz haltet, Halt solches Holtz für ein Ban-Holtz, obwohlen er in der That der wahre Herr nicht ist. Diß alles kommt übereins mit jenem was die Rechts-Gelehrte über den §. namque si cui. inst. de action. Wo ein solcher, der das Dominium seiner Sach nicht probiren kan, und doch in rechtmessigen Besitz erfunden wird, für einen quasi Herrn gehalten wird, und seine Sach besitzen kan, als welche rechtmessig præscribirt worden ist. Wann aber die Præscription rechtmessig erfüllt worden wäre, so zweifflete niemand, daß nicht dem Besitzer die actio arb. furtim cæs. zustehete: stehet also auch zu, wann zwar die Præscription noch nicht erfüllet, sonder rechtmessig angefangen und fortgesetzt worden ist.

Was ist aber 25. zu sagen von einem Nutz-Niesser: wird ihme wohl, weil er kein Herr ist, die Actio arb. furtim cæs. abgeschlagen? Dises wird Hand-greifflich entschieden in L. cædere. 5. §. 15. 2. ff. hoc tit. mit disen Worten: jener, der die Nutz-Niessung im Grund hat, der hat dise Action nicht. Welches Molin. loc. cit. cum Glossa in dict. L. 5. allein de Actione directa verstehet, weilen das Gesatz der 12. Tafflen solche allein dem Herrn gegeben hat: Es scheint aber, daß dem Nutzniesser die Actionem utilem zulassen die Argentoratenses mit Molina und Glossa ad hunc tit. n. 6. verb. non autem usufructuario &c. Welches wir auch zu desto milderer Auslegung unsers art. gern zulassen. 23.

Ist eine klare Sach, daß wann der Schaden vor verkaufften Grund zugefügt worden, die Actio arb. furtim cæs. nicht dem Käuffer sonder dem Verkäuffer zustehe, L. ult. ff. hoc tit. Dann obwolen der Verkäuffer nicht mehr Herr ist, absonderlich wann er den verkaufften Grund dem anderen übergeben hat, weilen jedoch die Actio schon zugestanden, ehe der Verkauff ist, so stehet sie auch nach dem Verkauff zu L. 56. ff. de Oblig. & act. Und diß ist genug von disem alten art. gesagt zuhaben; Nun wäre zu reden vom anderen Theil dises art. was Rechtens seye, wann das schon gehackte Holtz, so zu Beygen oder Klafftern gemacht worden, andere gestohlen und weckgeführt haben, weilen aber dise Materi in nachfolgenden 2. art. 25. tit. einschlagt, so wollen wir solches dahin verschieben, damit nicht von einer Sach doppelt gehandlet werde. 24.

Des XXIV. Tituls

Von Bruck und Esch-Hay.

Erster Articul.

Die Bruck-Hay sollen die Zoll-Brucken, wo die seyn, halten in der Maß, daß die Leuth darüber treiben und fahren mögen, ohn Schaden; bewahret aber der Bruch-Hay die Brucken dermassen nicht, und käme jemand

mand dardurch zu Schaden, den soll er gelten und abthun. Es wäre dann, daß einer mit einem Uberlast darüber führe ohne des Bruck-Hayen Haissen, der soll dem Bruck-Hayen seinen Schaden, den er an der Brucken genommen hat, abthun, und seinen eignen schaden ihme selbs haben. Heist aber ihne der Bruck-Hay daran fahren, und vertröst ihn, er mög wohl sicher darüber fahren, geschieht ihm dann Schaden, von der Brucken wegen, den muß der Bruck-Hay gelten, und der Fuhrmann ist dem Bruck-Hay nichts schuldig, dann den Zoll.

Summaria.

1. Was das Wort Hayen, item die Wort Bruck-Hay, Esch-Hay sagen wolle?
2. Wievillerley Brucken es gebe?
3. Ob die Hütter allein bey offentlichen oder auch *privat* Brucken bestellt werden?
4. In wem das Amt eines Brucken-Hütter bestehe, und ob sie allen Schaden ersetzen müssen?
5. Ob die Hütter gehalten seyen, neue Bruck zu machen, oder solche nur zu unterhalten?
6. Und 10. wann der Hütter die *Reparation* unterlassen hat, auch den Schaden nicht ersetzen kan, ob der Lands-Fürst oder Obrigkeit, der den Zoll beziehet, solchen Schaden ersetzen müssen?
7. Was Rechtens, wann denen Reisenden ein Schaden geschicht, woran der Hütter *committendo* Schuld hat?
8. Was Rechtens, wann der Hütter *ommittendo* am Schaden Schuld hat, was für ein *Actio* hat wider ihne Platz?
9. Ob wegen des Hütters Schuld auch ein *Actio* und was für eine wider den Lands-Fürsten, oder Obrigkeit zustehe?
11. Ob die Beschädigte die Wahl haben, den Hütter oder seinen *Principalen* zubelangen?
12. Was rechtens, wann einer eine Fuhr so schwer beladen hat, oder auf andere Weiß Schuld am Schaden hat, ob der Hütter von Ersetzung des Schadens frey seye?
13. Ob der Hütter wider ein solchen, der den Wagen so schwer beladen hat, ein *Action* habe, wann deßwegen die Bruck zu Grund gegangen?
14. Was Rechtens wann der Fuhrmann den Bruck Hütter gefragt hat, ob er sicher Fahren könne, diser auch solches bejahet, wer muß den Schaden ersetzen, wann die Brucken gebrochen ist?
15. Wann der Hütter nichts vermag, ob man den *Regreß* zum Lands-Fürsten, oder Obrigkeit nemmen könne?
16. Wann der Herr für den Diener gehalten seye?
17. Ob nicht die Zollner den Schaden ersetzen müssen, welche den Zoll in Bestand übernommen haben?
18. Ob der Lands-Fürst, oder die Obrigkeit, ohnerachtet der im Bestand Uberlassung vom beschädigten belangt werden können?

1. EHe und bevor wir zu Auslegung dises art. schreitten, müssen die in Eingang angeführte Worth von Brucken und Esch-Hayen verstanden werden. Es wird nun ein Hayer genannt, ein Hütter, gleichsam ein Aussiher, welche andern Leuthen Thun und Lassen ausnotiren, beobachten, und betrachten, wie meldet Nepianus in L. 3. ff. de administ. tut. da er von denen Honorariis Tutoribus redet, und insgemein wird jener, deme etwas zu bewahren anvertraut wird, ein Hütter genennt cap. 2. X. de offic. custod. Und dahero haben dise Wort ihren Ursprung genommen, Bruck-Hay, Esch-Hay, Holtz-Hay, Wiß-Hay. Das ist, welche die Brucken, Felder, Höltzer und Wisen hütten müssen; die Krafft aber dises Worts Hayen, thut nicht allein ein jedwedere gemeine Huth, und Besorgung, sondern ein solche andeuten, wodurch eine Sach erhalten, verbessert, und gleichsam vermehrt wird. Ein Exempel haben wir in den Wild-Hayern, deren Amt ist, nicht allein die Ausrottung des Gewilds zu verhütten, sondern auch desselben Vermehrung zu besorgen, in dem gemeinen Recht wird das lateinische Wort Saltuarii die Waid-Männer gefunden, in L. quæsitum ff. de instruct. instrum. Legato. & L. conquæritur ff. de Legat. 3. item L. instrumenta ff. de fund. instruct. Wo das Wort Saltuarius nicht für einen Forst-Knecht, sondern vor einen solchen genommen wird, welcher zu Erhaltung der Früchten, des Gewilds, und der Grä̈ntzen bestellt worden, daß es also ein allgemeines Wort ist, welches alle dergleichen Hütter in sich begreifft, die Bruck-Hay, Esch-Hay, Wiß-Hay, und Holtz-Hay.

Nach disem nun um unsern Art. zu verstehen, ist vorzumercken, daß es zweyerley 2.
Brucken gebe, offentliche, und privat Brucken, die offentliche seynd, welche die Fürsten, oder andere Obrigkeiten, welche die Lands-Fürstliche Territorial-Obrigkeit haben, aufbauen, die privat Brucken aber seynd, welche entweders von einem privat Menschen zu seinen privat Nutzen und Commodität, oder von einer Gemeind zum gemeinen Nutzen und Nothdurfft gemacht werden. Dann obwohlen niemand erlaubt ist, ohne Lands-Fürstlicher Erlaubnuß in flumine publico Brucken zuschlagen L. 1. ff de flum. & ne quid in flum. &c. wo des Prætoris edictum enthalten ist, daß in flumine publico in einem allgemeinen Fluß, und Gestatt nichts gemacht wer-

werden solle. Dessen ist die Ursach damit die Schiffahrt nicht gehindert, und denen Feunden kein Zugang ins Vatterland gestattet werde, so ist doch niemand verbotten über Bächle, und Gräben sonderheitlich, wann sie privat Leuthen zugehören, Brücken zu machen, wie dergleichen Brücken, welche die Baurn zu ihren Nutzen auf denen Wiß-Mäderen und Velderen um die Fruchten und Heu-Wachs besser in die Scheurn zubringen, unzahlbar vil zu finden seynd: von disen privat-Brücklen aber redet unser Art. nicht, wohl aber von denen grössern über Schiff-reiche Wasser geschlagnen Brücken, auf welchen di Lands-Fürsten und Obrigkeiten ihre Zoll-Stätt haben. Dann weilen zu solchen Brücken und Lands-Strassen grosse Unkosten gefordert werden, so ist billig, daß zu deren Erbauung und Unterhalt Zoll-Geld begehrt werde, dahero wir schier bey allen Völckern sehen, daß, wann die gemeine Noth oder Nutz erfordert ein neue Bruck zu bauen, auf all und jede, denen daran gelegen ist, ein Beytrag auferlegt werde, womit die erste Unkosten bestritten werden, und weilen nachgehends der Gebrauch der Brucken zum allgemeinen Nutzen gericht, wodurch die Commercien und Handelschafft gepflantzt werden, so werden gantz billig erträgliche Zoll-Gelder gefordert, damit dergleichen Brücken wider den Anlauff des Wassers, wider Hagel und Wind beschitzt seyn, und erhalten werden; von disen Brucken nun ist die Verordnung unsers Art. zu verstehen, dann für dise werden meistens gewisse Aufseher und Hütter bestelt, welche über die Bruck Sorg und Obsicht haben, und den Zoll einemmen, und aus dem Ærario publico bezahlet werden, disen nun giebt unser Art. die erst Unterweisung, daß sie sich befleissen sollen, die Brücken zu unterhalten in dem Stand, welcher für der Reisenden Sicherheit nothwendig ist.

3. Zweitens ist aus dem Wort Zoll-Brucken zu mercken, daß hier allein die Red seye von offentlichen Brücken, wo der Zoll gereicht wird, dann gleichwie bey denen privat Brücken, oder welche allein einer Gemeind zugehören, gemeiniglich weder Hütter bestellt, noch die Zoll gereicht werden, also auch, was der Art. von Ersetzung des Schadens verordnet, auf dergleichen privat Brücklen nicht zu erstrecken ist, ausser wann, wie an einigen Orten der Brauch ist, eine Gemeind oder Nachbarschafft zu Unterhaltung des auch denen benachbahrten nothwendigen oder nutzlichen Brücken einen gewissen Weeg Geld einnimmt, und solches Geld einzuziehen einen Weeghau bestelt, dann von disen ist eben jenes zuverstehen, was Krafft bald nachfolgenden von anderen Bruck-Hayen verordnet wird.

Das Amt der Hütter 3. bestehet Krafft der Worten des Art. indeme, daß sie die Brücken erhalten sollen im alten Stand, müssen also weder besser noch schlechter werden. Was die Deterioration betrifft kan kein Zweiffel seyn, daß nicht der Bruck-Hay, aus dessen Nachlässigkeit die Brucken schlechter worden, allen Schaden ersetzen müsse, Krafft der Wort des Art. Bewahret aber der Bruck-Hay die Brucken dermassen nicht, und käme jemand dardurch zuschaden, den soll er gelten, und abthun. Und dises ist gleichfalls zusagen von privat Brücklen, für welche zu unterhalten und zu repariren ein Weeg-Geld gefordert, und ein Weeg-Hay bestelt wird. Uns selbsten ist einstens begegnet, daß wir nach gebrochner zimlich hoher Brucken über einen Bach mit unserer Gutschen in das Wasser hinunter gefallen, wo wir den Weeg-Hay belangt haben, weilen er aber nichts als vile Kinder gehabt hat, so seynd wir von der Klag abgestanden; jenes doch ist gewiß, daß, wann einer die privat Brücklen, wo kein Weeg Geld gegeben wird, gebraucht, und Schaden leydet, er ihme selbsten beymessen müsse, warum er vom rechten Weeg abgewichen seye. 4.

Aber jenes kan villeicht wunderlich vorfallen, daß wir gesagt haben, daß die Brucken vom Bruck-Hay nicht könne verbessert werden, diß aber ist also zu verstehen, wann die verbesserte Brucken denen Reisenden desto unbequemer ist. L. 1. in princ. & §. 1. ff. de via publica. Also daß jenem, der nach abgetragner hiltzernen Brucken eine steinene Bauet und herstellt und nicht eben so bequemlich ist, die Ankhindung novi operis geschehen kan, nicht aber dem, so reparirt Marcus Ant. de Amatis. decis. 64. n. 38. & seqq. Boer. Decis. 44. n. 3. Surd. consil. 121. n. 7. daß also eines solchen Hütters Amt sich allein um die Bruck in alten Stand zu erhalten oder herzu stellen, nicht aber solche neu zu bauen erstreckt. L. quòd tameu §. 1. ff. quibus mod. ususfruct. amit. & L. 1. §. deinde ff. de rivis & L. 11. ff. commun. præd. Wo Ulpianus in dict. §. deinde sagt, daß jenes repariren heisse, das verrissne oder verderbte in alten guten Stand herstellen; 5.

Aber 4. ist eine stärckere Frag, ob, wann der Bruck-Hay die Reparation vernachlässiget hat, und, nicht im Stand ist den Schaden zu ersetzen, der Lands-Fürst, oder des Orts Obrigkeit, deme der Zoll zugehet, anstatt des Bruck-Hay gehalten seye. Uber dise Frag sagt unser Art. nichts, sonder thut allein die Bruck-Hay zu Ersetzung 6.

des Schadens verfellen, es gezimt sich also, daß dise Sach neher durchsucht werde.

7. Erstlich vermeinen wir gewiß zu seyn, daß, wann aus Verschuldung des Bruck-Hays denen Reisenden ein Schaden zugehet, welche in committendo bestehet, denen Beschädigten die Actio ex lege aquilia zustehe, tot. tit. Cod. ff. & Inst. de Leg. aquil. Wann schon der Schaden allein ex levissima culpa zugefügt worden. Zum Exempel wann der Bruck-Hay anstatt der aichenen und feichtene, oder für frische gefaulte Holtz gebraucht, oder dergleichen etwas gethan hat, weßwegen dem Reisenden ein Schaden zugestossen hat, dann, daß der Bruck-Hay solchen Schaden ersetzen müsse, ist gar kein Zweyfel.

8. Was ist aber Rechtens, wann der Bruck-Hay eine culpam begangen hat, welche nicht in committendo, sonder in omittendo bestehet, was hat der Beschädigte für eine Action wider dem Bruck-Hay? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen die Reisende mit ihme nichts contahirt haben; dann wir præsupponiren, daß sothane Bruck-Hay vom Fürsten, oder Lands-Fürstlichen Obrigkeit vorgesetzt werden, daß also anscheinet, es entstehe allein eine Actio unter dem bestellenden Fürsten, oder Obrigkeit, und unter dem Bruck-Hay als disem Geschäfft vorgesetzten, und zwar die Actio locati & conducti, weilen ihnen ein gewisser Lohn bedungen wird, oder die Actio mandati, oder die Actio negotiorum gestorum, welche alle mehr denen Herrschafften als denen Reisenden zustehen. Hierauf aber wird geantwortet, obwohlen wahr ist, daß dergleichen Bruck-Hay in Nahmen des Fürsten, oder Obrigkeit bestellt werden, und also die Actio directa wider die schuldige Bruck-Hay denen Obrigkeiten hauptsächlich zustehe, und nicht denen Reisenden, weilen dem Burgerlichen Recht nach einer dem anderen kein Obligation oder Action erwerben kan, weilen jedoch weder die Fürsten noch andere Lands-Obrigkeiten dergleichen Aemtern oder Geschäfften in eigner Persohn vorstehen können, so stellen sie zum besten des gemeinen Wesens andere vor, wider welche die Actio exercitoria gestattet wird, welche in der That mit der Actione directa, so wider den Fürsten oder Obrigkeit zustehet, eins ist. Dann es ist zu wissen, daß dergleichen Bruck-Zoll denen Fürsten und Obrigkeiten bezahlt werden, damit die offentliche Strassen über die Brucken und andere Ort also erhalten werden, damit die Reisende ohne Gefahr seyn können; gleichwie nun dem Beschädigten wider den Fürsten selbsten oder die Obrigkeit, so den Zoll einnimmt, die Actio directa gegeben wird, weilen es scheinet, daß sie mit denen Reisenden contrahirt haben, daß sie für den Zoll selbe Schad-loß halten wollen, also auch wird auch die Actio exercitoria nutzlich gegeben wider jenen, welcher disem Amt vorgesetzt worden, und sich so nachlessig aufgeführt hat, daß denen Reisenden ein Schaden zugangen.

Wie aber dise Actio 3. zu benamsen seye, liegt eben so vil nicht daran, weilen gewiß ist, daß die Fürsten und Obrigkeiten, weilen ihnen der Zoll zugehet, gehalten seyen die Weeg und Steg sicher zu erhalten. Gail. L. 2. obs. 64. n. 4. Sixtin. de regal. lib. 2. c. 2. & 3. Wo er mehrers redet, von Reparation der Weegen und Brücken und deren Versicherung, und in Widerspihl von schuldiger Ersetzung der Schäden, zu welchen und andere aldorten citirte ich den geneigten Leser anweise. 9.

Wann aber 4. man nichts bessers findet, so sage ich, daß dem Beschädigten wider den Fürsten die Actio præscriptis verbis, do, ut facias gebühre, dann derentwegen werden die Zoll bezahlt, damit durch Reparation der Brücken denen Reisenden Sicherheit vor allen Schaden gegeben werde. Wann also aus einer culpa levi aut latâ, sie mag in committendo oder omittendo bestehen, sich ein Schaden ergeben hat, so ist kein Zweiffel, daß nicht solchen Schaden der Fürst oder Obrigkeit ersetzen müsse. Woraus weiters der Schluß gemacht wird, daß gleichwie dise Actio directa wider den Fürsten oder Obrigkeit Platz hat, also auch wird selbe als exercitoria, ex beneficio prætoris gestattet wider jenen, der disem Amt die Brücken sicher zu erhalten fürgesetzt worden ist.

Jetzt 5. auf die oben gesetzte haupt Frag zu kommen, sagen wir, gar wahr zu seyn, daß wann dergleichen Bruck-Hay nicht im Stand zu zahlen seynd, der Fürst oder Obrigkeit verbunden seye, den Schaden zu ersetzen, damit sie sich nicht durch Aufstellung dergleichen untauglichen und liederlichen Leuthen von ihrer hauptsächlichen Schuldigkeit befreyen können. 10.

Man wird widersetzen, daß die Actio præscriptis verbis stricti Juris seye, und also sich hiehero nicht schicke. Wir aber antworten, daß alle Obligationes und Actiones, welche mit denen Fürsten und höchsten Obrigkeiten beschlossen worden, bonæ fidei seyen, weilen die Fürstliche Authorität alle widrige Verdacht, und also das strictum jus ausschliesset. Und weilen der Contract, do, ut facias, zu Nutzen beyden Contrahenten reichet, dahero aus der allgemeinen Rechts-Regul die culpa lata & levis sowohl in committendo als omittendo ersetzt werden muß.

Und 6. ist der Bruck-Hay als disem Amt vorgesetzter mit eben diser Action doch exercitoria gehalten, wo entzwischen doch allzeit die erste haubt Actio directa præscriptis verbis wider den Fürsten ohnbenommen verbleibt.

11. Ja 7. getrauen wir uns noch mehrers zu sagen, daß auch denen Beschädigten die Wahl zustehe, ob man lieber den Bruck-Hay, oder dessen Principalen belangen wolle. L. 1. §. est autem 17. ff. de exercit. act. Mynsing. ad tit. 7. §. 2. inst. & Wesenbec. in paratit. n. 5. eodem.

Welches absonderlich 8. Platz hat, wann der Bruck-Hütter, wie meistens bey uns der Brauch ist, keinen freyen Gewalt, mandatum cum libera hat, sonder wegen einer jedwederen geringen reparation oder Cammer einen besonderen Bericht erstatten, und von selber darauf Befehl erwarten muß, dann, daß dergleichen überflüssige, und zu Zeiten aberwitziger Fleiß der Cammer dem Fürsten mehr schade, als nutze, ist von darumen offenbahr, weil die Actio exercitoria nicht Platz hat, wann des Bruck-Hütters Gewalt in gewisse Schrancken, welche er nicht überschreiten darff, eingeschränckt ist, text. in §. 2. tit. 7. Inst. de exercitor. act. & L. 1. §. non autem 7. ff. eod. Wo §. 12. die Ursach gegeben wird, weilen die Bestellung dem Contract das Gesatz giebt, aus welcher der Bruck-Hay um nichts gehalten ist, bey dergleichen Fällen nun ist ein Bruck-Hütter als Exercitor hujus negotii nicht gehalten, sonder die gantze Actio und Ersetzung des Schadens fallet dem Fürsten zu, daß also besser wäre wann solchem Bruck-Hütter die völlige Verpflegung der Bruck überlassen wurde, als daß dessen Gewalt wider dises Art. Verordnung, welche alle Ersetzung des Schadens auf den Bruck-Hütter verschiebt, so eng eingeschräckt, und fast alle Actiones nicht allein in Subsidium, sonder auch directè dem Fürsten, oder jedwederer anderer Obrigkeit, die Bruck-Hay bestellet, zugeschoben werden.

12. Ein eintzige Exception, Krafft welcher der Bruck-Hütter von Ersetzung des Schadens enthebt wird, setzt der Art. bey, wann nemlich einer seine Fuhr zu schwehr beladen hat, Der mit einem Uberlast darüber führt. Dann diser giebt die Ursach des Schadens, und also thut der Schaden, welchen er aus seinen Verschulden leidet, auf ihme verbleiben; Es ist nun die Exception General, daß sie alle in sich begreiffe, die am Schaden Ursach seynd; dann den Schaden, welchen einer aus eignen Verschulden leidet, muß er selbsten büssen, und niemand anderen zumuthen cap. damnum 86. de R. J. in 6. L. quod quis 203. ff. eod. Dergleichen Casus haben wir bey jenen, welche ein Schuld tragen ante factum oder in ipso facto. §. imperitia 7. & §. impetu 8. de Lege aquilia. Welche nemlich ein Geschäfft unternemmen, und solchem nicht gewachsen seynd, als wann einer Esel oder Pferd zu regiren übernommen hat, welche er wegen Unkräfften, oder Unwissenheit nicht regiren kan, die Pferd zu hart beladet, welche unter dem Last crepiren, die gute Weeg verderben, die Brucken zerreissen, und dergleichen thun, Krafft welchen wegen derselben Geitz Unerfahren- und Unwissenheit nothwendig ein Schaden erfolgen muß, weilen jener, welcher durch Unerfahrenheit, Unwissenheit, und jedwederer Fahrlässigkeit sowohl, als durch Geitz und Boßheit schaden thut, den Schaden selbsten gethan zuhaben darfür gehalten wird. L. imperitia 132. ff. de R. J. L. 6. §. 7. ff. de offic. præsid. L. idem Juris. 8. ff. de Leg. aquil. Wo hauptsächlich Gajus J. C. redet von der Unerfahrenheit und Unkrafft, welche er von darumen für satsames Verschulden haltet, daß ihme der Schaden könne zugemuthet werden, weil niemand was annehmen soll, wo er verstehet, oder verstehen kan, daß seine Unerfahrenheit, oder Unkrafft ihm, oder anderen schädlich seyn kan.

Und diß wird in so weit erstreckt, daß 13. ein solcher Fuhrmann, der mit all zu schwehren Last die Brucken bricht, nicht allein den eignen Schaden, so er leidet, tragen, sondern auch dem Bruck-Hütter den Schaden ersetzen müsse, welcher aus Verbrechung der Bruck erfolget ist, Krafft der Worth unsers Art. Der soll dem Bruck-Hay den Schaden, den er an der Brucken genommen hat, abthun, und seinen eignen Schaden selbst haben. Das ist, er hat wegen seines Schaden kein Action, und muß den fremden Schaden ersetzen. Diß alles entspringt aus denen General-Principien des Legis aquiliæ, und deren Contracten, welche zu Nutzen beyden Contrahenten beschlossen werden, welches weiters auszuführen überflüssig wäre.

Was ist aber Rechtens, wann ein Fuhrmann, ehe er die Bruck anfahrt, villeicht 14. derselben nicht trauend, den Bruck-Hütter gefragt hat, ob er sicher darüber fahren könne, und der Bruck-Hütter diß bestettiget hat, nichtsdestoweniger doch mit des Fuhrmanns grösten Schaden die Brucken brochen ist? Hierauf antwortet unser Art. Daß der Bruck-Hütter den Schaden ersetzen, der Fuhrmann aber den Bruck-Zoll bezahlen müsse, welches von darumen klar genug zu seyn scheinet, weilen der Fuhrmann dem Bruck-Hütter, der Amts halber die Sicherheit gethan hat, sicher hat glauben können. Weilen nun besagter massen unter dem

dem Fuhrman und dem Bruck-Hütter die Actio præscriptis verbis, do, ut facias, sive præstes Platz hat, das ist, ich gib dir den Bruck-Zoll, daß du mir sichere Uberfuhr machest, so begehrt gantz recht in disem casu der Beschädigte die Ersetzung des Schadens.

15. Aber es wird hier abermahlen in dem casu, wo der Bruck-Hay nicht im Stand zu zahlen ist, von dem Regreß an den Lands-Fürsten, oder Obrigkeit, als Herr des Bruck-Zolls, lediglich keine Meldung gethan, welches uns einen Argwohn macht, daß vor alten dergleichen Bruck-Zoll allein privat-Leuthen zugehört haben: Dann aus der Histori ist bekannt, daß vor denen Zeiten des Caroli IV. des Kaysers, die Waar-Mauth und Zoll denen Kaysern zugehört haben, wie glaubwürdig genug ist, daß die Weeg- und Bruck-Zoll auf die gemeine Leuth kommen seyn, absonderlich weilen solche meistens so gering und schlecht gewesen, daß sie denen Fürsten, und Obrigkeiten keinen oder nur schlecht und geringen Nutzen gebracht haben; dann wer soll glauben, daß unser Durchleuchtigister Gesatz-Geber, weilen die Regalien, und unter solchen alle Zoll und Mauthen auf die Fürsten des Reichs kommen seynd, in Ansehung deren, wie die Rechts-Gelehrte überall mit so grossen Eyffer zusammen schreyen, daß die Fürsten und Obrigkeiten die Steg und Weeg sicher und gut herzustellen verbunden seyen, sich Krafft dises Art. von aller Obligation habe ausnehmen, und alle Schadloßhaltung der Reisenden, auf die Bruck- und Weeg-Hay überschieben wolle?

16. Man wird sagen, daß zu dergleichen Aemter und Geschäfft solche Leuth bestellet werden, welche gemeiniglich für erklecklich getreu, und erfahren gehalten werden. Gewiß alle Rechts-Gelehrte wollen, daß ein jeder Herr, oder Hauß-Vatter von Ersetzung des Schadens enthebt werden solle, welchen Schaden der Diener verursacht hat, der gemeiniglich für einen erklecklichen und fleissigen und getreuen Diener gehalten worden. Caroc. in tract. de locat. & conduct. part. 4. de incendiar. n. 4. & n. 28. farinac. in sua pract. crim. part. 3. quæst. 110. cap. 3. n. 115. Wie sie Exempel machen in einem Stall-Knecht, Köchin, und anderen Kuchel-Dienstbotten, in einer Wascherin, Einheitzer und dergleichen, welche, wann sie wider ihr Amt sündigen, und ein Brunst erwecken, so ist der Herr oder der Hauß-Vatter um den Schaden zu ersetzen nicht schuldig, wann er probirt, daß dergleichen Leuth solche gewesen, daß sie gemeiniglich für ausbündige Leuth in ihrer Verrichtung, und besten Leinmuths und Wohlverhaltens gehalten werden; Idem farinac. loc. cit. n. 120. Joseph Ludov. decis. 25. n. 18. Hierauf aber ist die Antwort, daß dise der Rechts-Gelehrten Meynung in delictis, nicht aber bey Contracten Platz habe. Dann, wann ein Diener oder ein Knecht einem gewissen Amt oder Geschäfft vorgesetzt wird, wider disen kan man eben jene Action anstellen, welche wider seinen Herrn oder Hauß-Vatter zustehet, gleichwie aber der Fürst selbst, oder die Obrigkeit, der die Bruck-Zöll einnimmt, zu Ersetzung der Schäden nicht allein aus eignen Verschulden in committendo actione legis aquiliæ, sonder auch aus Verschulden in ommittendo verbunden ist, das ist, aus Nachlässig- oder Faulkeit actione præscriptis verbis, also auch ist der Beamte eben auch actione exercitoria gehalten, weilen die Principal-Action (eben darumen weilen er dem Geschäfft oder Amt vorgesetzt worden ist) auf ihn überschoben wird. Daß also, was von denen delictis der Bedienten allegirt worden, auf einen Beamten, der einem gewissen Geschäfft oder Amt vorgesetzt ist, nicht recht angewendet, oder extendiret wird, als welcher nicht allein aus einem Delicto, sonder auch Krafft des Contracts zur Schadloßhaltung verbunden ist.

Aus welchem erhellet, was zu sagen 17. seye von unsern Beamten, Zollnern, und Mauthnern, welche vor wenig Jahren alle Zöll und Mauthen überhaupts um eine gewisse Summa Geld verpachtet haben, wie die Rechts-Gelehrte in L. 35. §. in his & seq. de contrah. empt. & L. 4. §. 1. ff. de pericul. & comod. rei vend. in L. 51. §. ult. & L. 58. ff. de empt. & vendit. L. 35. & L. 36. ff. locat. & in L. ult. §. fin. ff. de L. Rhodia reden, das ist, welche die ungewisse jährliche Einkünfften um ein jährliches gewisses Geld auf eine gewisse Zeit bestehen, dann, wann jene, welche um einen Lohn dergleichen Geschäfft oder Amt vorgesetzt werden, gehalten seynd die Schäden zu ersetzen, wie der Art. ausdrucklich sagt, so seynd noch vil mehr hierzu verbunden jene, welche das Geschäfft oder Amt ihnen eigen machen, und die Zoll überhaupts bestehen, folgsam als eigen völlig beziehen.

Wir haben doch merckwürdig beygesetzt, daß die Fürsten oder Obrigkeiten 18. durch dergleichen Verkauff, oder Verbständung von ihrer Haupt-Schuldigkeit nicht befreyet werden; aus Ursach, weil die Ursach ist die Einnahm der Zöll und Mauthen, wodurch der Fürst und Obrigkeit stillschweigend sich verbindet, die Reisende schadloß zu halten. Ligt also nichts daran, obwohlen er nach und nach die

Zoll in klein Sorten, oder völlig auf einmahl überhaupts vom Beständner einnimmt: und dahero, obwohlen zwischen dem Fürsten und dem Beständner in dem Amodiations-Contract überhaupts bedungen worden, daß der Beständner alle Unkösten nicht allein auf Reparation der Brucken, sonder auch wegen der sich zutragenden Schäden allein tragen soll, hat der Beschädigte nichts destoweniger wider den Zoll-Herrn ein Action, weilen der Amodiations-Contract, der zwischen dem Fürsten und dem Beständner getroffen worden, dem Beschädigten nicht kan præjudicirlich seyn.

Und dises alles, was wir bißhero vom Fürsten, oder einer höchsten Obrigkeit gesagt haben, hat auch Platz, wann eine Stadt, oder Städtle wegen Erbauung, oder Unterhaltung der Brucken, und Weeg aus Zulassung des Lands-Fürsten, den Weg, oder Bruck oder anderen Zoll hat, und wegen solchen Geschäfft einen Auffseher bestellet, weilen allzeit die Haupt-Actio wider die Stadt, oder Marckt zugelassen wird, die Actio exercitoria aber wider den bestellten Auffseher. Aus obiger Ursach, weilen die Zoll-Einnahm die Obligation nach sich zieht, die Schadloßhaltung zu præstiren.

Der anderte Articul.

Es soll auch niemand in einem Esch schneiden, noch mit seinem Vieh darein treiben, dann mit der Nachbarn Rath und Willen, welcher das überfährt, derselb Uberfahrer, soll den Nachbarn, dem er Schaden gethan hat, solchen ihren Schaden abthun und gelten, nach Schätzung unpartheyischer Leuth, und des Richters, und ist dem Gericht schuldig worden die Buß, nach Beschaffenheit des Schadens, den er gethan hat. Und ist der Schaden gering, mag derselb, mit zweyen ehrbaren Zeugen ohne geschwornen Eyd, oder mit dem geschwornen Esch-Hay wohl bewiesen werden; wäre aber der Schaden groß, sollen die Zeugen schwören, oder da man die nicht, sondern allein den Esch-Hay haben mag, derselbig zu dem Kläger schwören, daß der Beklagt den Schaden klagter massen gethan hab.

Summaria.

1. Ob in Bayern der Brauch seye, daß niemand erlaubt, zu schneiden ohne Willen der gantzen Gemeind?
2. Welcher gestalten der, so zu fruhe schneidet, denen Nachbarn Schaden thun könne, und solchen abthun müsse?
3. Wann aber der Schaden bekannt, aber der Beschädiger nicht, wem die Prob oblige?
4. Ob die Prob durch beeydigte Zeugen gemacht werden müsse?
5. Ob der Esch-Hay allein Zeug seyn könne, wann er sein Amt beschworen hat?

1. In disem Art. wird gehandlet von einer anderen Beschädigungs-Gattung, welche geschieht durch Schneiden in Esch. Das Wort Esch zeigt an das Ort, wo die Früchten schon zeitig seynd; obwohlen nun dem gemeinen Recht nach niemand verbotten werden kan, in seinem eignen Grund nach Belieben zu schneiden und zu wimmlen, also daß der Verbietter actione injuriarum belanget werden kan, wie ausdrucklich gesagt wird in L. injuriarum actio. 13. §. si quis 7. ibi: aut si quis re mea uti me non permittat. ff. de injur. & L. qui pendentem 25. ff. de act. empt. & vend. L. 1. §. si quis ita ff. depos. So ist doch in vilen Orten löblich eingeführt worden, daß das Schneiden und Wimmen anderst nicht als auf offentlich von der Gemeind gegebnes Zeichen angefangen werden könne, damit nicht durch allzufruhe Abraumung der Felder denen anderen Schaden zugefügt werde, welches ob auch vor altem in unserm Vatterland im Brauch gewesen, ist uns nicht bekannt, in dem uralten Bayerischen Statuten-Buch de Anno 1384. doch ist schon verordnet gewest, daß niemand erlaubt seye, anfangen zu schneiden ohne der Nachbarn Rath und Willen. Welches in Anno 1588. Krafft der Reformation widerholet, und denen neuesten Statuten von Wort zu Wort einverleibt worden, obwohlen wir niergends gesehen haben, daß dises observirt werde, weilen fast überall die Bauern nach jedes Gefallen den Schnitt angreiffen, also daß offt aus Noth, und Mangel des Brods die Bauern auch die unzeitige Früchten abschneiden, und, damit

damit sie konnen gebraucht werden, in denen Oeffen dörren, welches ein schädlicher und unerträglicher Mißbrauch ist.

2. Wann nun einer wider der Gemeind Willen anfangt zu schneiden, und daraus Schaden entspringt, so ist ein solcher, der zu fruhe schneidet, um allen Schaden gehalten. Die Ursach ist, weil er Ursach des Schadens ist, und also darfür gehalten wird, den Schaden selbst gethan zu haben, dann die uralte Statuten legen zwar nicht aus, wie aus solch frühzeitigen Schneiden denen Benachbarten ein Schaden zugefügt werden könne. Die Reformation aber von Anno 1588. und die neuesten Statuten setzen den casum bey, von jenem, der in seinen zufruhe abgeschnittnen Acker das Vieh zum weyden treibt, dann ein solcher kan zweyfach die Nachbarn beschädigen. 1. Wann das Vieh andere noch stehende Früchten anfallen, und abfressen, und 2. weil ein solcher in dem Helmen weydet, zu seinen Nutzen allein, wo doch das Weyden, nachdem die Früchten eingeführt worden, in denen abgeleerten Feldern einer gantzen Gemeind oder Nachbarschafft, unter welcher auch die Söldner begriessen seynd, welche keine Aecker, sonder ein oder anderes Stuck Vieh haben, gemeinschäfftlich ist, daß also dem anderen in dem eignen Grund die Weyd abgeschlagen wird, welche jure servitutis gemeinschäfftlich ist, wie die Bauern diß alles genau beobachten. Es ist also keinem in den Helmen zu weyden erlaubt, ehe die Aecker völlig abgeschnitten, und die Früchten eingeheimst seynd, es ist auch das Helmen umäckern nicht erlaubt, aus nach Verfluß der Zeit, welche die Gemeind zum weyden des Viehs nöthig zu seyn erachtet hat, wegen welchen die Bauern in ihrem jährlichen Ehehafft-Recht fleissige Verordnung machen. Es ist doch kein Zweiffel, daß nicht auch auf eine andere Weiß als durch Weydung des Viehs bey zu fruhe vorgenommenen Schnitt denen Benachbarten ein Schaden zugefügt werden könne. Zum Exempel, durch die Fuhren, Einfall des Wildpreths 2c. und dahero wird der casus von Weydung des Viehs in der Reformation von Anno 1588. und in denen neuesten Statuten nur Exempel weiß durch das Wort oder gesetzt. Einstens hat sich zugetragen, daß durch einen mit Haaber besaamt geweßten, aber zu fruhe geleerten Acker eine gantze Heerd Gänß des anderen Gersten-Acker angefallen, und ihme einen grossen Schaden gethan haben; wir seynd angestanden, wer den Schaden ersetzen müsse, der Einschneider des Haabers, der denen Gänßen den Weeg geöffnet hat, oder die Herrn über die Gänß, die keinen Gänß-Hirten bestellet haben, endlich haben wir den Schaden schätzen lassen, und denen Herrn der Gänßen, so vil Gänß jeder gehabt, nach proportion den Schaden zu ersetzen auferlegt, obwohlen der Bauern Weiber sich hierwigesetzt haben, weilen das aus denen Gänßen erlöste Geld ihnen als ein peculium gleichsam castrense ware. Dann wir erachteten, daß diser von denen Bauern verursachte Schaden der Gänßen eine grössere Schuld habe, als die Abschneidung des Haabers, weilen sie den Befehl einen Gänß-Hirten zu bestellen hartnäckig vernachlässiget haben, obwohlen wir auch disen Mißbrauch nicht approbiren können, daß die mehreste Bauern, welche zu verderben anfangen, und ihre Pferd zur Zeit, wo sie solche am besten brauchen, mit Haaber nicht füetteren können, den Haaber abschneiden, und ihren Pferden zu fressen geben, welches offt grosse Händel verursacht, weilen die Zehent-Herrn, wann sie den Zehent sammlen wollen, leere Aecker finden.

Kurtz zuvor haben wir gesagt, daß die Schätzung des denen Saamen zugefügten Schadens am besten geschehen könne durch die Schätzung der Erfahrnen, mit Authorität des Richters: nach Schätzung unpartheyischer Leuth, und des Richters? Was ist aber Rechtens, wann der Schaden bekannt, der Beschädiger aber nicht wissend ist? Antwort, daß jener, der den Schaden erlitten hat, die Prob machen müsse, Krafft der Regul, daß der Kläger probiren müsse. Diß leydet doch einen Unterschied, ob nemlich der Herr der Sach, der den Schaden gelitten hat, die action anstelle, oder ob der Esch-Hay in Nahmen des Beschädigten die Klag führe: von dem ersten casu handlet diser Art. vom anderen der nachfolgende. In beyden wird der geneigte Leser sehen, daß zu favor der Früchten die sonst ordinari prob leichter werde. 3.

Wann also der Herr den in seinen Früchten erlittenen Schaden klagt, und die Ersetzung begehrt, so wird der weitere Unterschied gemacht, ob der Schaden gering, oder groß. Wann der Schaden gering ist, so kan vom Beschädigten die Prob mit zwey Zeugen gemacht werden, die nicht beeydigt seynd, obwohlen wir in dem Summarischen process gesagt haben, daß ein nicht beeydigter Zeug kein Prob mache. Lese, was wir bey dem 14. Art. 7. Tit. des Summarischen process gesagt haben. oder Esch-Hay. Wann aber der Schaden groß, so wird zwar erfordert, daß die Zeugen beeydiget seyn: wann aber anstatt der Zeugen von dem Beschädigten zur Prob allein der Esch-Hay als Zeug aufgeführt wird, so wird zwar dessen Zeugschafft angenommen, aber nicht anderst, als eydlich, und daß zugleich der Beschädigte schwöre. 4.

5. Wo zwey Stuck sonderheitlich zu mercken, das erste ist, daß der Esch-Hay bey der Klag dessen, so beschädigt worden, allein Zeug seyn könne, wann er beeydigt gewesen, welches Wort: geschworner Esch-Hay nicht muß verstanden werden von der eydlichen Aussag desselben, das ist, er nach abgelegten Eyd aussagt, daß der geringe Schaden, wovon gehandlet wird, von disem oder jenem geschehen seye, sonder, wann zur Zeit des übernommenen Amts der Esch-Hay solches beschworen hat, also das hier von dem beschwornen Amt, und nicht von dem Eyd des Esch-Hay als Zeugen gehandlet wird. Das andere ist, daß bey einem grossen Schaden zwar dessen Zeugschafft ohne Eyd nicht probire, sonder der Beschädigte muß zugleich mit ihme schwören, daß von diser Persohn der Schaden zugefügt worden sey, welches unsers Erachtens zu verstehen ist von dem Erfüllungs-Eyd, daß folgsam der Esch-Hay eine halbe Prob und zwar ohne Ausnahm mache, welche Krafft des 19. Art. 7. Tit. des Summarischen procels. durch den Erfüllungs-Eyd des Beschädigten bekräfftiget werden kan. Wann aber ein oder das andere abgehet, das ist, der Eyd des Esch-Hay, oder des Beschädigten, so muß der Schaden, wie Rechtens ist, rechtmässig durch zwey geschworne Zeugen erwiesen werden: welches eine weitere Ausführung nicht nöthig hat, weil alles an sich selbsten klar ist. Wir schreitten also zu den 3. Art.

Der dritte Articul.

Wo Esch-Hay oder Wiß-Hay, die der mehrere Theil der Bauers-Leuth gesetzt, und gestellet haben, mit jemand zu Krieg kommen, um der Nachbarn Schaden, so fern die zu ihren Aemtern geschworen haben, so soll wider sie niemand zeugen, doch wo der Schaden groß, was sie benennen, und fürgeben mit Worten, das sollen sie bestätten mit ihren Eyden. Worfür sie aber Pfand haben, oder der Schaden schlecht, und gering wäre, da soll man ihren Worten darum glauben.

Summaria.

1. Ob nicht dem Esch-Hay die *actio legis aquiliæ* wider den Beschädiger zustehe? und ob dessen Aussag *simpliciter* zu glauben seye?
2. Ob auch dem Esch-Hay allein zu glauben seye bey einem grossen Schaden, wann er kein Pfand hat?
3. Was für ein *Action* der Beschädigte habe zu Ersetzung des Schadens wider den nachlässigen Esch-Hay?
4. Warum der Esch-Hay *principaliter* und *directe* gehalten sey, der Bruck-Hay aber nur *accessorie*.
5. Ob heut zu Tag noch Wiß-Hay gebe, und ob wegen disen obiges Recht Platz habe?
6. Wer die Ainspenninger seyen?
7. Ob Forst-Hay, Forst-Knecht gebe?

1. Unter dem vorhergehenden und gegenwärtigen Art. wie wir verstanden haben, ist diser Unterschied, weil der vorige von dem beschädigten Kläger handlet, diser aber vom Esch-Hay, welcher vom grösseren Theil der Gemeind als Esch-Hay aufgenommen, und bestellet worden. Dann weilen zwischen der Gemeind, und dem Esch-Hay die actio locati conducti entspringt, also daß der Esch-Hay seinen Fleiß vermüthet zu Hüttung der Feld-Früchten, hingegen aber seine jährige oder halb-jährige entweders in Geld oder Getrayd bestehende Besoldung empfange, so folget, daß, wann durch sein schlechtes Hütten einer Schaden gelitten, der Esch-Hay solchen Schaden ersetzen müsse, und dahero wird dem Esch-Hay die actio legis aquiliæ wider den Beschädiger zugelassen, weilen er hauptsächlich den Schaden ersetzen muß.

Er hat aber eine solche Authorität, daß, wann der Schaden gering und klein ist, seiner Aussag geglaubt werde, also daß keine Zeugen zum Widerspiel zugelassen werden, daß niemand wider sie zeugen soll. Welches sehr hart zu seyn scheinet, weilen er in der That in eigner Sach Kläger und Zeug ist, wovon wir kurtz hernach reden werden. Es præsupponirt aber der Art., daß er zur Zeit des angetrettnen Amts seye beeydiget worden, welche Obligation dise Würckung hat, daß seiner über sein Amt gethaner Aussag Glauben beygemessen werde, wie wir schon oben unter dem Titul von Kauffen und Verkauffen von denen geschwornen Fürkaifflen, und unter dem Titul von Pfandungen und Pfand-

Pfandschafften etwas von denen Pfand-Nehmeren gesagt haben, ein mehrers wird bey dem 27. Tit. der Land-Recht folgen, obwohlen leicht erhellet, daß unter einem Fürkauffler, Pfand-Nehmer, und Esch-Hay ein handgreifflicher Unterschied seye, weil ein Fürkauffler, und blosser Pfand-Nehmer, der zu solchen Amt um jährliche Besoldung nicht bestellet ist, nicht in eigner Sach, wie der Esch-Hay handlet, deme in seiner eignen Sach nichts destoweniger doch als Kläger geglaubt wird.

2. Aber dise Verordnung, daß wider des Esch-Hay nicht beschworne Aussag keine Zeugen zum Widerspiel zugelassen werden, hat allein Platz, wann um einen kleinen und geringen Schaden zu thun ist, dann es setzt der Art. gleich bey, daß, wann um einen grossen Schaden zu thun ist, ein weiterer Unterschied zu machen seye, ob der Esch-Hay von dem Beschädiger ein Pfand habe, welches er Amts halben weg genommen hat, oder nicht, hat er ein Pfand, so wird seiner obwohlen nicht eydlicher Aussag geglaubt, wann schon der Schaden groß und von Wichtigkeit ist, hat er aber kein Pfand, so muß sein Aussag eydlich bestättiget werden. Lese den Tyraquell in tractat. de Judic. in rebus exig. ferend. colum. 2. wo er die Gewohnheit in Sachen von grossen Præjudiz, welche eines obschon über sein Amt beschwornen Menschen Zeugschafft zulaßt, unvernünfftig und ungerecht nennet, obwohlen Cassanæus in consuet. Burgund. rubr. 1. §. 6. Gloss. 1. dergleichen Gebräuch und Observanz einiger Orten nicht verwirfft.

3. Man wird fragen, warum unser Art. unter disem Titul in denen zwey letzteren Articlen allein eine Verordnung mache, wie entweders der Beschädigte, oder der Esch-Hay wider den Beschädiger die Schadens Ersetzung zu forderen habe, nichts aber gesagt werde, wie der Beschädigte wegen des Schadens den Esch-Hay belangen könne; obwohl deßwegen zu sagen sey, daß wider den nachlässigen Esch-Hay zu Ersetzung des Schadens kein Action Platz habe? Und wir antworten, daß ja freylich, wann der Beschädiger nicht bekannt ist, ohne Zweiffel der Beschädigte wider den Esch-Hay, der von dem grösseren Theil der Gemeind bestellet worden, ein Action habe; aus Ursach, weil zwischen der Gemeind und dem Esch-Hay der Contract locati conducti beschlossen wird, besag dessen der Esch-Hay den Lohn empfangt, und seine Dienst verspricht, und weilen der Contract locati conducti beyder Contrahenten Nutzen betrifft, deßwegen muß in selbem der dolus, lata, und levis culpa in committendo & ommittendo præstiret werden. Und dahero ist sich nicht zu verwunderen, wann weder der Beschädigte, noch der Esch-Hay die Schad-loßhaltung vom Beschädiger erhalten kan, (villeicht weil er nicht im Stand zu zahlen ist) daß der Esch-Hay, der in der Schuld ist, um Ersetzung des Schadens belangt werde, ja, wann der Esch-Hay præsupponirt wird, in der Schuld zu seyn, und der Beschädiger nicht zahlen kan, so vermeinen wir nichts destoweniger, daß dem Beschädigten frey stehe, ob er dem Esch-Hay actione ex locato oder den Beschädiger actione legis aquiliæ belangen, und die Schad-loßhaltung erwerben wolle, obwohlen von disem der Art. nichts sagt; doch also, daß dem Esch-Hay, der dem Beschädigten Satisfaction gibt, der Regress wider den Beschädiger verbleibt, und in disem Casu Krafft dessen, was wir kurtz hernach sagen werden, kan wunderlich genug angesehen werden, wann des Esch-Hay blosse Aussag bey einem geringen Schaden ohne Eyd, und bey einem grossen Schaden mit dem Eyd, oder auch ohne Eyd wann ein Pfand vorhanden ist, genug ist.

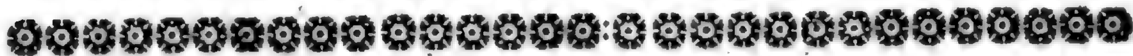
Man wird 2. fragen, warum der Esch- oder Wiß-Hay wegen Zufügung des Schadens principaliter und indirectè obligirt werde, der Bruck-Hay aber nur accessoriè, und zwar mit der actione exercitoria? Hierauf antworten wir, daß die Bauern mit denen Esch-Hayen hauptsächlich wegen Hüttung der Früchten contrahiren; wann also aus deren Verschulden ein Schaden entspringt, so müssen sie Krafft eignen Contracts solchen ersetzen; Die Bruck-Hay aber thun mit denen Reisenden wegen ihrer Schad-loßhaltung nichts contrahiren, sonder bemeldter massen die Herrn über die Brücken, oder vilmehr die Zoll-Herrn eben darum, weil solche Gefäll sie einnehmen, und zu Ersetzung der Schäden verbunden seynd. Es hätten also die Beschädigte wider die Bruck-Hay kein Action, wann nicht præsupponirt wurde, daß sie von denen Zoll-Herrn disem Amt, oder Geschäfft vorgesetzt worden, aus welcher Vorsetzung die Actio exercitoria entspringt, welche, wie die directa wider den Zoll-Herrn, also die Actio exercitoria wider den Bruck-Hay Platz hat. 4.

Ubrigens sehen wir schier niergends mehr einige Esch-Hay, ausser wegen dem Wildpreth, welches denen armen Bauern grössere Unkösten, Sorg und Mühe verursacht, als die boßhaffte Leuth. Dann dise haben wenigist eine Forcht GOttes, dise wilde Thier aber achten weder die Leuth, noch Schiessen, noch Getöß, noch das Bellen der Hund, sonder aller Forcht frey lauffen von einem Ort zum anderen, und machen in denen Saamen und Getrayden

traydten eine solche Niderlag, daß solche nicht genug kan beschrieben werden. GOtt wird seiner Zeit die Rechnung machen.

5. In gleichem was bishero von denen Esch-Hayen gesagt worden, hat auch Platz bey denen Wiß-Hayen, obwohlen auch dise abgekommen seynd, weilen zu jetziger Zeit die Bauern selbsten jene, die ihnen Schaden in Aeckern und ihren Wisen durch ungewöhnliches Reisen und Fahren, Hüttung des Viehs zufügen, pfanden, und die abgenommene Pfand zu des Beschädigers ordentlichen Obrigkeit um Ersetzung des Schadens, und Bestraffung übertragen, und also das ihrige selbsten beschützen. Welche Schermauß fangen, werden unter solche Hütter nicht gezehlt, sonder sie bekommen für jede Schermauß ein gewisses bestelltes Geld, obwohlen sie zu solchen Amt nicht bestellt oder bedingt worden.
6. Also auch gibts gewisse Leuth, so Ainspenniger genennt werden, welche die Weeg hin, und wieder besuchen, und sorgfältig aufsehen, damit die Mauthen und Zoll nicht umgangen werden, dise doch können rechte Bruck- oder Weeg-Hay nicht genennt werden, weilen ihnen weder die Besorgung der Brücken, noch der Weegen anvertraut worden, sonder wie die Schörgen seynd, welche die Umgeher der Zoll und Mauthen aufsuchen, und selbe zur Straff ziehen. In der That seynd die Mauthner und Zollner die wahre und rechte Bruck- und Weeg-Hay, weilen ihnen das Amt anvertraut worden, wegen welchem die Herrn über die Weeg die Zoll und Mauth beziehen. Nemlich, damit sie denen Reisenden Sicherheit, und Schadlosigkeit geben.

Allein die Forst-Hay, welche wir jetzt die Forstner, und Forst-Knecht nennen, seynd noch im Brauch, aber villmehr zu ihren eignen, als ihrer Herrschafften Nutzen, deren Excess zu beschreiben eine gantze Ochsen-Haut nicht erklecken wurde.



Des XXV. Tituls

Von Irrung und Kundschafft der Mayr.

Erster Articul.

ES sollen die Ban-Zäun gezäunt, und befriedt seyn, an St. Georgen Tag, wer das nicht thut, so mag der Fronbott erforschen, weß die Lucken sey, derselb soll darnach dem Fronbotten zwölff Pfennig geben, auch der Fronbott demselben gebietten zu friden, in acht Tagen, thäte derselbig das nicht, und gescheh jemand Schaden darvon, der ist dem Gericht schuldig die Buß, nach Ermässigung des Richters, und soll darzu jenem seinen Schaden abthun.

Summaria.

1. Wie villerley Zäun es gebe, und zu welcher Zeit solche müssen aufgericht seyn?
2. Warum der Art. allein von Ban-Zäunen rede, und ob gleiches Recht seye, wegen denen gemeinen Zäunen?
3. Was Rechtens, wann jener, der einen Schaden gelitten hat, in die Verschiebung des Zauns-Aufrichtung eingewilligt hat, ob er eine Actien habe?
4. Was für ein Unterschied zu machen sey unter dem zu Nacht oder Tag beschehnen Schaden, und ob der Nächtliche Beschädiger schwerer zu bestraffen sey?

1. DIser gantze Titul handlet von denen Strittigkeiten, welche meistens unter denen Bauern, so in einer Gemeind beysammen wohnen, entstehen; In dem ersten Art. aber ist die erste Frag von der Zeit, wann die Zäun auszubesseren seyen? Deren nun gibts zweyerley Gattungen, eine, welche genennt wird, der Ban-Zaun, das ist ein eigner Zaun, weil wir oben erwiesen haben, daß jenes ein Ban-Holtz genennt werde, welches einem eigenthumlich oder gleichsam eigen zugehört

und

und also auch ist zu verstehen das Wort ein Ban-Zaun, worüber ein privat Herr ist. Eine andere Gattung ist, der Gemein-Zaun, worüber die gantze Gemeind Herr ist, und also auf der Gemeind Kösten reparirt werden muß. Uber dise Zäun nun macht unser Art. dise Regul, daß die Ban-Zäun, oder eigne Zäun an St. Georgen-Tag müssen aufgerichtet seyn, aus Ursach, weilen nach Georgi das Vieh auf die Weyd getriben wird, es gezimt sich also, daß die Aecker und Wiesen mit Zäunen versehen, und wider den Uberfall des Viehs sicher seyen; wann also einer nach St. Georgen seine Zäun nicht aufgericht hat, so muß ihn der Fronbott bey Gericht angeben, und demselben darfür 12. Pfennig bezahlt werden, welcher aus Befehl des Richters dem Bauern einen Termin von 8. Tagen zu Errichtung der Zäun anberaumt, welches wann er nicht thut, wird er nach Ermessigung des Richters bestrafft, und muß allen Schaden ersetzen, der denen Benachbarten hieraus entstanden ist.

2. Man wird fragen, warum unser Art. allein eine Verordnung mit denen Ban-Zäunen mache, und nicht auch wegen denen Gemeinds-Zäunen? Und wir antworten, es scheine, es seye eben dises auch bey denen Gemeinds-Zaunen Rechtens, dann wann eine Gemeind die Aufrichtung des Gemeinds-Zauns über das Fest St. Georgii verschoben hat, und deßwegen einem Bauern aus der Gemeind ein Schaden geschehen, so ist kein Zweiffel, daß nicht die Gemeind solchen Schaden ersetzen müsse nicht anderst, als wann ein privat-Bauer die Zäun-Aufrichtung über die bestimte Zeit untarlassen hätte; glaublich von darumen wird hier allein von denen Ban-Zäunen eine Meldung gethan, weilen die privat-Leuth meistens nachlessiger seynd, als eine gantze Gemeind, weilen jenes fleissiger besorgt wird, welches mehrere zu besorgen haben. Unterdessen doch, wann je-
3. ner, der wegen nicht errichten Zaun Schaden gelitten hat, in den Verschub des zu errichten gewesten Zauns, eingewilliget hat, die Rechts Regul Platz findet, daß die Delicta gegeneinander compensirt werden. cap. penult. & ult. X. de adult. L. si ambo 5. ff. ad L. Jul. de adult. Wesenbec. de compens. n. 5. Wie diser Art. in denen uralten Bayerischen Statuten verfast worden, haben wir schon oben bey dem 23.
4. Art. gesagt, und ist in der Reformation de An. 1588. tit. 37. art. 1. widerhol worden, an beyden Orten ist der Unterschied begriffen, ob der durch die Zaun-Lucken erfolgende Schaden zu Tag oder Nacht geschehe. In dem ersten Fall müssen neben Ersetzung des Schadens dem Richter 70. Pfennig zur Straff bezahlt werden, in dem anderen Fall aber, wo der Schaden zu Nachts geschieht, müssen dem Richter 300. Pfennig zur Straff bezahlt werden, die Ursach haben wir oben schon gegeben, weil der nächtliche Schaden weit straffbarer ist, als der tägliche, weilen die Nachbarn bey Tag ihre Sachen besser bewachen, und bewahren können.

Obwohlen aber unser Art. in denen neuen Verordnungen von disem Unterschied keine Meldung thut, sonder simpel hin die Bestraffung der Ermessigung des Richters überlasset, so zweifflen wir nicht, daß nicht die nächtliche Beschedigung schwehrer könne bestrafft werden, als die tägliche; wo allzeit man auf Billigkeit zu sehen hat, Krafft welcher die alte Statuten den nächtlichen Beschediger schärpfer ansehen, als den Beschediger bey Tag. arg. L. non existimo. 54. ff. de administ. tut. und je heimlicher und unbestraffter die Delicta begangen werden können, desto schärpfer seynd die erwischte zu bestraffen. L. 8. Cod. de Episcop. & cleri.

Wann man sagt, daß dem gemeinen Recht nach ein Dieb dopplet, und ein ertapter Dieb vierfach bestrafft werde, woraus folgt, daß die nächtliche Delicta nicht schwehrer als die tägliche seyen. Hierauf antwortet Schneidew. ad tit. Inst. de furt. §. fin. n. 4. daß einstens eine Sach könne erlaubt, und nicht erlaubt, und also indifferent sein könne, und alsdann, wann die Sach heimlich geschiehet, so wird præsumirt, daß es ohnerlaubt geschehe, und in disem Casu wird eine heimliche Sach schwehrer bestrafft, wann man unter dem Hüttlein spihlt, als eine offenbahre Sach; ein anderes mahl ist eine Sach an sich selbsten unerlaubt, und alsdann sündiget jener sträfflicher, oder offentlich und handgreifflich delinquirt; dahero ein in allen Rechten verbottner Diebstall, welcher einem ins Angesicht geschiehet, schwehrer ist, als welcher heimlich begangen wird, dann eben darum, daß einer so unverschamt ist, und ins Angesicht sündiget, der hat eine solche Keckheit, daß er einer schärpferen Zichtigung wirdig ist, wohingegen der, so zu Nacht schadet, das Liecht flieht, und einen Argwohn grösseren Gewalts verursacht, als wann er bey Tag, wo man ihm leichter einen Widerstand thun kan, Schaden zufügen will.

Der anderte Articul.

WEm sein Heu, oder sein gewunnenes Holtz hingeführt würdet, hat er darumen Pfand, so soll er auf sein Pfand bereden, daß ihm der beklagt sein Heu, oder sein gewunnenes Holtz hab hingeführt. Es wolte dann der Antworter beweisen, wie recht ist, daß der Kläger ihm nicht gepfändt, sonder das Pfand in anderweg in seinen Gewalt gebracht hätte, soll er darzu gelassen, und da er selbes wahr macht, der Kläger der Gebühr nach gestrafft werden. Wo aber der Kläger nicht Pfand hat, so soll man des Antworters Laugnen darum nehmen, und seyen beyd dem Gericht darum nichts schuldig; hat aber der Kläger, wie gehört, Pfand, oder möcht wahr machen, wie recht ist, daß ihme der Beklagt sein Holtz, oder Heu hingeführt hab, alsdann soll derselb dem Kläger, solches gelten, mit der Zwey-Gült, und dem Richter die Straff.

Summaria.

1. Welcher gestalten die Entführung des gemachten Holtz probirt, und bestrafft werde?
2. Ob jenes, was von Entführung des Holtz verordnet ist, auch Platz habe bey Entführung des Heu?
3. Was Rechtens, wann einer dem Anderen das Heu nicht entführt, sondern verbrennt hat, oder mit doppleter Straff bestrafft werde?

KUrtz zuvor haben wir bey dem 3. Art. 23. tit. gesagt, daß dem Herrn in seinem Ban-Holtz auf zweyerley Arth könne Schaden zugefügt werden, nemlich durch Abhauung der Bäumen, oder durch Entführung des schon gehackten und zu Beygen gemachten Holtz. Wann einer das stehende Holtz umhackt, ist besagter massen ein Unterschied zumachen, ob dises allein geschehen um dem anderen zu schaden, oder auch um das Holtz zu stehlen. In dem ersten Casu verfällt sich einer allein in die Action seq. aquiliæ wegen verursachten Schaden, oder in die Action arborum furtim Cæsarum, in dem anderen Casu wird auch das Crimen furti begangen, welches nach der peynlichen Hals-Gerichts-Ordnung des Caroli V. criminaliter zu bestraffen ist. Wie wir alles weitleiffig ausgelegt haben; den anderen Theil zu exspliciren haben wir auf disen Art. verschoben.

1. Obwohlen nun Krafft der peynlichen Hals-Gerichts-Ordnung Art. 168. jener einen eigentlichen Diebstahl begehet, der das schon gemachte, und zu Beigen gelegte Holtz entführt, also daß ausser allen Zweiffel er criminaliter kan bestrafft werden, so handlet doch diser Art. allein von der zustehenden Civil-Action, welches ein Zeichen ist, daß in unsern Vatterland der Civil-Proceß bey gestohlnen Holtz mehrers im Brauch sey, als der Criminal-Proceß, weil in unsern Criminal-Proceß von Entführung des Holtz nichts insonderheit verordnet ist.

Wegen des Civil-Proceß nun macht der Art. einen Unterschied, ob jener, der vorbringt, daß ihme sein gemachtes, und zu Beygen gamachtes Holtz von dem anderen gestohlen worden, sein Vorgeben durch ein abgenommenes Pfand wahr machen könne, oder nicht? In dem ersten Fall wird seinem Vorgeben, so durch das Pfand bekräfftigt wird, geglaubt, ausser der Beklagte kan erweisen, daß die Sach, welche vorgeben wird gepfändt worden zu seyn, auf eine andere Weiß in dessen Gewalt gekommen zu seyn: Dann die Præsumption ist für jenen, der das Pfand vorweist, biß der Beklagte sich von solcher rechtmessig frey macht, und purgirt. Wann aber der Kläger kein Pfand hat, so liegt ihm die Prob ob, weil des Laugners Condition besser als des Klägers ist, in beyden Fall aber, wann der Kläger den Diebstahl des Holtz mit Zeugen rechtmessig erwiesen, oder mit Pfand dargethan hat, und der Beklagte sich nicht purgiren kan, wird er dopplet, das ist in die zwey Gült verfellet, also daß auch die Entfrembdung des gemachten Holtz in dem Civil-Proceß eine Gleichheit eines Diebstahls behaltet.

Und das, was jetzt von Entführung des gemachten Holtz gesagt worden, auch Platz hat bey Entführung des Heu, sowohl was den Proceß, als die dopplete Straff betrifft. 2.

Was ist aber Rechtens, wann einer dem anderen das Heu nicht entführet, sondern verbrennt, oder auf andere Weiß verderbt, 3.

derbt, und zu Grund gerichtet hat? Hat wohl auch die dopplete Straff Platz? Es scheinet es seye zu antworten, mit ja, weilen wir auch oben bey dem 3. Art. 13. Tit. gesagt haben, daß jener, der Bäum umgehauen hat, um den doppleten Werth gehalten seye, wann er schon solche nicht entführt hat, weil die Actio arborum furtim cæsarum allein das Bäum umhacken, und nicht auch deren Entführung erfordert. Aber das Widerspihl ist wahrhaffter, daß jener, der dem anderen zum Schaden einen Baum umhauet, und verbrennt, um den Schaden dopplet zu ersetzen nicht gehalten sey, weil diser Art. austrücklich von dem hinweg geführten Holtz und Heu redet, daß folglich die Entfrembdung frembder Sach præsupponirt werde, welche ein formlicher Diebstahl ist. Aber der des anderen Wiesen abmähet, und das Heu verbrennt, der begehet keinen Diebstahl, sonder kan allein actione L. aquiliæ belangt, aber nicht zum doppleten Schadens Ersetzung gehalten werden. Es hinderet aber nichts, was zum Wiederspihl von umgehackten Bäumen allegirt worden, zumahlen wider den Bäum Umhauer eine besondere Actio um das dopplete Platz hat, wann schon der Beschädiger die umgehackte Bäum nicht entfrembdet hat, welche nicht statt hat wider den Graß-Maher, welches aus deme erhellet, weilen die Actio arborum furtim cæsarum besagter massen nicht Platz hat wider jenen, der das Gestreiß abgehauen hat. Hat also um so weniger Platz wider jenen, der das Graß gemähet hat, weil das Gesatz der zwölff Tafflen, so von Bäumen verfaßt worden, auf das Graß nicht zu extendiren ist; ja wir vermeinen gewiß zu seyn, wann einer des anderen Scheiter-Hauffen aus Neyd verbrennt, unsers Erachtens gleichfalls gesagt werden müsse, daß der Beschädigte um dopplete Ersetzung nicht klagen könne, sondern allein ex lege aquilia um des simplen Schadens-Ersetzung. Aus eben der Ursach weil dem Beschädigten ohn Wegführung der Sach die Actio furti nicht, sonder die Actio L. aquiliæ wegen zugefügten Schaden zustehet.

Der dritte Articul.

WEr dem anderen seine Marck-Bäum, Marck-Stein, Grüeben, oder andere Marck heimlich, und gefährlich abhauet, abthut, verruckt, ausbrücht, oder auswirfft, und seinen Grund dardurch sichtiglich erweithert; oder da von jemand ohne Gefährde, ein Marck bewegt, oder ausgeackert wurde, in solchen Fällen soll es gehalten werden, allermassen in der Lands-Freyheit im 16. Articul, ersten Theils mit mehrerem ausgedruckt ist.

Summaria.

1. Wie die Verruckung der Marck-Stein zu bestraffen?

2. Der einen Marck-Baum umhauet, wie er gestrafft werde?

1. WEil diser Art. sich auf den 16. Art. 1. part. der erklärten Lands-Freyheit beziehet, so thun wir dessen Auslegung gelegentlicher dahin verschieben, wo nach der länge erzehlet wird, welche Casus für criminal gehalten werden, so Vitzdoms-Händel genennet werden, unter welchen zu letzt die Verruckung, oder Verenderung der Marck-Stein, oder Marck-Zeichen gesetzt wird, bey welchem Verbrechen diser Unterschied gemeiniglich gemacht wird, ob die Marck-Verruckung, Ausbrechung oder Einwerffung mit Fleiß geschehen, oder casu fortuito ohne Vorsatz und Intention. Der erste Casus ist Criminal, und dessen Bestraffung stehet dem Civil-Richter nicht, sonder dem Criminal-Richter zu, wie wir alldort auslegen werden. In dem anderen Casu aber, da die Marckung zufällig verendert worden, muß der Kläger dem ordentlichen burgerlichen Richter die Sach anzeigen, dessen Amt hernach ist, daß er die Partheyen untereinander gütlich vergleiche, und die Marckungen in alten Stand setze, wann jedoch solche Anzeig unterlassen worden, oder sonst erhellet, daß jener der die Marck verendert hat, an der Schuld nicht frey sey, so kan der Richter ihn nach der Sachen Beschaffenheit burgerlich bestraffen, welches hier gesagt zu haben genug ist, biß wir an bemelten Ort ein mehrers beybringen werden, unterdessen wird der geneigte Leser aus dem tit. ff. de termino moto. Welcher auch in die peynliche Hals-Gerichts-Ordnung einschlagt, und aus dem

5. art. 23. tit. notiren, daß jener, der einen Marck-Baum umhauet, für einen Dieb gehalten werde, das ist, wie wir auslegen, für einen, der an Umhauung des Marck-Baums Schuld hat, weilen auch das Crimen bewegter oder verruckter Marckung in das Crimen furti einschlagt. Doch nicht anderst, ausser wann nach Auslegung dises Art. der Marck-Baum boßhafft und nicht ungefehr umgehauen worden. Ja, wann einer frembde Bäum umhauet, und darunter einen Marck-Baum erwischt hat, das ist zwar actione arb. furtim cæsarum gehalten, aber nicht wegen verruckter Marckung, wie seiner Zeit klärer wird ausgelegt werden.

Der vierdte Articul.

Wann einer zu dem andern klagt, er hab ihne überackert, überärnt, überzäunt, oder übermöhet, so mögen sich die Partheyen deßhalben einer freundlichen Beschau vereinen, und sich solcher Irrung, ohne Entgeltnuß gegen dem Richter wohl vertragen. Ob sie aber gütlich nicht vertragen wurden, so soll man die Kundschafft führen, auf den Grund, und die Partheyen ihre Zeugen, die weder Theil noch Gemein an der Sachen haben, dem Richter benennen, er dieselbig auch, doch ohne Uberfluß, zu lassen, auf den Augenschein führen, ordentlich verhören, und ferner in Sachen nach Ausweisung des Summarischen Proceß verfahren, es soll auch der obsigend Theil, seinen Schaden dem Richter benennen, unterschiedlich übergeben, und was derselb nach Ermässigung und Tax des Richters mit seinem Ayd beredt, daß er Schaden genommen hab, den soll ihm sein Wiedertheil ablegen, und dem Richter die Buß geben.

Summaria.

1. Ob die Bauern untereinander wegen zugefügten Schaden bey Uberäcker-Uberärn- und Uberzäunung sich vergleichen können?
2. Ob ohneracht des Vergleichs dem Richter die Straff erlegt werden müsse?
3. Was Rechtens, wann solcher Exceß nicht beschafft oder vorsätzlich geschieht?
4. Wann kein gütlicher Vergleich Platz findet, was der Richter zuthun habe, und wie er mit dem Augenschein verfahren soll?
5. Ob der überwundene Theil auch dem Richter die Straff zahlen müsse?

1. Öffters streiten die Bauern untereinander wegen Uberäckeren, Uberschneiden, Ubermähen, und Uberzäunen ꝛc. Als wegen verruckten Marckungen, da jetzt diser sich beklaget, der andere habe seinen Pflueg, oder Sichel in seinen Acker geschlagen, ein anderer aber, daß der andere den Zaun auf seinen Grund gesetzt habe, und was dergleichen ist, wo sie offt ihr gantzes Vermögen verhaderen, wie wir anderst wo mit Exemplen belegt haben, weilen aber ein geringer Excess, oder schlechte Uberschreittung leichter geschehen kan, als eine Marckungs-Verruckung, deßwegen stelt unser Art. denen Partheyen frey, daß wann sie wollen, sie sich miteinander güttlich vergleichen, und zu solchem Ende ohne Zuziehung des Richters einen Augenschein bebehren können: wann nun die Sach verglichen worden, so hat der Richter nichts zuthun, oder wie der Art. redet, seynd die Partheyen dessen gegen dem Richter unentgolten.

Wann du sagest, daß, obwohlen die Partheyen in burgerlichen Sachen sich vergleichen können, Krafft des 14. Art. part. 2. der erklärten Lands-Freyheit, es mag der Vergleich vor angefangenen Proceß, oder nach der Kriegs-Befestigung angestelt werden, doch in dem Fall, wo in einer pur burgerlichen Sach etwas unterlaufft, welches eine Straff nach sich ziehet, dem Richter die Straff bezahlet werden müsse, wie wir ein tägliches Exempel haben an jenen, welche einander mit Worthen und Thaten injurien, dann, obwohlen meistens dergleichen Rumoranten und Kregeller beym Trunck Bier sich wieder vergleichen, so werden sie doch vor Gericht gefordert, allda examinirt, und nach Beschaffenheit der Umständ bestrafft, scheint also es seye zu sagen, daß auch in dem Casu, wo einer überäckert, überschnitten, überzäumt worden, dem Richter die Straff gebiehre, ohnerachtet sich die Partheyen verglichen haben, weilen ja auch jener sündiget, der zwar nicht mit Fleiß

oder vorsetzlich, sonder aus einer Nachläs-sigkeit nnd Verschulden des anderen Grund beschedigt. Wir aber antworten, es sey unser Art. klar, und folglich, daß solcher Vergleich wegen einer Uberäckerung, Ubermähung, Uberzäunung, so güttlich und ausser Gericht geschehen, von Einmischung des Richters frey und unstraffbar sey, solle ohne Entgeltnuß gegen dem Richter seyn.

3. Wirst du widersetzen, daß eben dise Wort also zu verstehen seyen, daß dem Richter diser Vergleich ohnpræjudicirlich wegen der Straff seyn soll. cit. art. der Lands-Freyheit: daß aber diß unsers Art. Intention nicht seye, probiren wir aus deme handgreifflich, weilen wegen solchen güttlichen Verglich vilmehr zu præsumiren ist, daß die Beschädigung mehr aus einen Zufall als aus Verschulden geschehen sey, hernach handlen die aus der erklärten Lands-Freyheit citirte Art. in specie von einem straffbaren Handel, der in committendo im Begehen, und nicht in ommittendo im Unterlassen bestehet, zum Exempel, wann einer den anderen mit in Worten oder in Thätlichkeit bestehenden Injurien betastet hat, dann obwohlen in solchem Fall sich die Parthеyen ausser gerichtlich vergleichen, so bleibt doch die straffbare That übrig, und dahero ohnerachtet solchen güttlichen Verglichs, wird jener Theil, so schuldig ist, in die Straff verfället, weilen alle Delicta von solcher Natur seynd, daß ohnerachtet des unter denen Parthеyen getroffnen Verglichs sie doch nicht unbestrafft bleiben sollen: Es kan aber gar leicht ein solcher Excess ohne allen Vorsatz, und Vorhaben geschehen, weilen denen Arbeithern von einem Ort zum anderen kein Richtschnur gezogen wird, welche sie ohne grosses und handgreiffliches Verschulden nicht überschreiten können. Wir sehen offt, daß die Aecker gantz krump seyen, daß deren Bezürck hart erkent werden könne, absonderlich zu jetziger Zeit, wo die Gräntzen wegen des Geitz der Bauern Fingers breit weg geackert werden, welchen Mißbrauch wir bey unsern Bauern haben abbringen wollen, und aber nicht bewerckstelligen können, daß zwischen allen Aeckern, und Wiesen auf das wenigiste ein Rain von 2. Schueh breit gelassen werden solle; die Bauern haben dise Entschuldigung vorgebracht, daß in so grossen Rain die Mäuß zu sehr einnisten, und zu Frühlings Zeit denen Saamen grossen Schaden zufügen; welches wahr zu seyn wir durch die Erfahrnuß gelehrnet haben, und seynd dahero ihrer allgemeinen Contradiction gewichen, obwohlen durch dergleichen genaue Umäckerung der Rainen die Strit-Händel vermehrt werden, und dannoch Mäuß genug abgiebt. Wir schliessen also, daß sich der Richter in dergleichen güttlich beygelegte Händl nicht mischen könne, auch was die Straff betrifft, wann nicht handgreifflich bekhant ist, daß ein solcher Exceß aus bösen Gemüth und Vorhaben geschehen seye.

Nun folgt der andere Theil unsers Art. was in dem Fall, wo die güttliche Vergleichung unter denen Parthеyen nicht Platz hat, zu thun seye? Die Reformation von Anno 1588. ist mit unsern neuen Verordnungen nicht gleich, dann die Reformation stellt dem Schuldigen frey, ob er sein Recht durch ordentliche Weeg Rechtens suchen; oder ein Gerichtliche Kundschafft, oder Augenschein begehren wolle; die neueste Verordnungen aber erkennen, des Richterlichen Amts zu seyn, daß über den Streit-Handel der Richter inquirire, soll von Obrigkeit wegen darüber ein Kundschafft führen, auf solche Weiß, daß jeder Theil die Zeugen benenne, welche zwar vom Strit Bekantschafft, daran aber keinen Theil haben, welche der Richter in gewisser nicht zu grosser Anzahl zum Augenschein führen, und nachgehends selbe Rechtmessig examiniren, und nach der Aussag verfahren und richten soll, wie der Summarische Proceß erfordert. Die Ursach, warum in dergleichen Fällen gantz glat ohne Klag-Schrifft, ohne Kriegs-Befestigung, ohne Ubergab der Articul und Antwortungen, auch ohne Beobachtung übriger Proceß Solemnitæten verfahren werde, ist dises, damit nicht der Acker-Bau durch langwirige Proceß verhindert werde, und sonsten keine kräfftigere Prob ist, als welchen durch den Augenschein gemacht wird. Nachdeme nun die Sach ausgesprochen worden, wird der Uberwinder zur apdlicher Specification, und Schetzung des Schadens zugelassen, welche doch durch den Richter moderirt werden muß. Aus welchem folget, daß diß kein Jurament in Litem seye, welches dem gemeinen Recht nach nicht als wider einen Dolosum Platz hat, sonder ein Juramentum veritatis seye, wie gemeiniglich die Schäden und Kösten vom Obsiger zu specificiren seynd, wo doch des Gegentheils Exception darüber, und des Richters Moderation und Taxation Platz hat. 4.

Letztlich setzt der Art. bey, daß dem Richter auch die Ansetzung der Straff übrig seye, dann obwohlen wir zuvor gesagt haben, daß in dem Fall güttlichen Verglichs kein Straff Platz habe, weil die Præsumption obwaltet, daß die Beschädigung vilmehr zufälliger Weiß, als vorsetzlich geschehen seye, weilen doch ein solcher, der 5.

 strei-

streitet, und durch den Augenschein überwiesen werden muß, ohne Schuld, bestes Gemüth, und ohne Dolo kaum seyn kan, so muß er billig nach Beschaffenheit der Umständen burgerlich bestrafft werden. Wir sagen burgerlich, weil diser gantze Titul von Criminal Sachen nichts handlet, sonder die gantze Materi vom verruckten Marcken, und was davon abhanget, an ein anderes Ort verschiebt, wo wir auch ein mehrers reden werden.

Der fünffte Articul.

Wo jemand einen anklangt, er hab eines Dorffs-Gemein eingefangen, mit Zimmer oder mit Bau, wie er sich der unterwunden hätt, stehet der Antworter des ohn Laugnen, so soll man ihm gebiethen, daß er den Einfang raume, und laß den Zugebrauch der Gemein liegen, und ist dem Gericht verfallen die Buß. Stehet aber der Antworter des in Laugnen, so solle zwischen dem Dorff, und ihm, ein Kundschafft-Recht in obverschriebner Form gehalten werden. Wo aber zwey Dörffer miteinander kriegen, um ein Gemein, um solchen Krieg, oder Irrung soll es gehalten werden, wie im nächsten vorgehenden Articul beschrieben ist.

Summaria.

1. Wann einer einen Gemeinds-Grund ihme zu seinen Nutzen zueignet, ob er ein *Spolium* begehe, und ob ein jeder aus der Gemeind wider ihn klagen könne?
2. Was, und was für eine Straff der Richter einem solchen auferlegen müsse?
3. Wann ein Dorff wider das andere, oder ein Gemeind wider die andere klagen will, ob sie sich des Augenscheins, oder des Kundschafft-Rechts bedienen müsse?
4. Ob des Grundlichen *Consens* erfordert werde, wann eine Gemein wider die andere klagen will?

1. Selten werden wir eine Hoff-Marck, ein Dorff, oder Gemein sehen, welche nicht gewisse der Gemein zugehörigen Güther hat. Wann nun einer dergleichen Gemeinds-Grund ihme zueignet, verzäunet, oder überbauet, so kan die Gemeind begehren, daß er den Grund wieder ablehre, und zuruck stelle. Die Ursach ist, weilen, was der Gemeind zugehört, nicht jedes aus der Gemeind eigen ist. Ist also gantz billig der Richter schuldig solchem Besitzer zu befehlen, daß er das Gemeinds-Guth in alten Stand herstellen solle. Weilen jener, welcher der eine Gemeinds-Sach zu sich ziehet als ein Eigenthum, nichtminder ein Spolium begehet, als jener, der ein gantz fremde Sach in Besitz nimmt. Und diß ist in so weit wahr, daß nicht allein die gantze Gemeind wider solchen Besitzer klagen kan, sonder auch ein jeder aus der Gemeind, weil diß eine Actio popularis ist, wodurch ein jeder aus dem Volck das Recht der Gemeind beschitzen kan. L. 1. ff. de act. popul. Und dahero wird auch Actio publica genennt. L. 30. §. 3. ff. de jurejur. Wodurch einer für das gemeine Weesen also handlet, daß er auch den privat-Nutzen zugleich defendirt. dict. L. 1. ff. de act. popul. L. 40. in princ. L. 43. §. 2. L. 45. §. 1. ff. de procurat. Und dise Actio ist zweyfach, dann in einigen derglichen Actionen wird ein jeder aus dem Volck zugelassen, wann er schon für sein Person keinen Nutzen hat. L. 1. ff. de loc. & itin. publ. L. unica §. 9. ff. ne quid in flum. publ. L. 2. §. 2. ff. ne quid in loc. publ. Und also dann wird jener vorgezogen, der zu erst klagt hat, oder der tauglicher gewesen. L. 2. ff. de act. popul. die andere Gattung Actionis popularis ist, wann jedem aus dem Volck daran gelegen ist, damit nicht allein das gemeine, sonder auch das eigne præjudiz abgleint werde, und alsdann wird in der Action jener vorgezogen, dem mehr daran gelegen ist. Bachov. Disput. 5. thes. ult. pap. 200. Obwohlen nun unser Art. allein von einem Dorff oder Gemeind, so klagt, redet, so ist doch kein Zweiffel, daß nicht eben dises auch von jedem privaten aus der Gemeind zu sagen seye.

Gesetzt nun daß jener, der einen Gemeinds-Platz ihme zueignen wollen, und 2.
zu dem Ende denselben eingezäunt, mit einem Graben umgeben, oder auf andere Weiß umfangen hat, die That bekennt, so muß alsobalden der Richter entweders auf Instanz des gantzen Dorffs, oder auf Begehren eines Gemeinds-Mann dem Besitzer auftragen, daß er den Platz raume und in den alten Stand herstelle. Mit Vorbehalt der Straff, welche laut der

der Reformation von Anno 1588. ein Pfund Pfennig gewesen, nach denen Bayrischen Land-Rechten aber ist dise Straff willkürlich. Wann aber der Beklagte widerspricht, daß er einen Gemeinds Platz occupirt habe, villeicht, weil er vermeint, daß der Platz sein eigen seye, so befihlt der Art., daß von Amts wegen eine Untersuchung geschehen, und ein Augenschein gehalten werden solle, nach der in vorgehenden Art. vorgeschribnen Arth. Die Ursach, warum solcher Handel wegen der Widersprechung des Beklagten nicht zum ordinari Process verwiesen werde, ist keine andere, als der favor publicus, welcher, gleichwie einem jeden eine Actionem publicam zueignet, also auch dessen schnelle Expedition dem Richter anbefihlt. Es ist bekannt, daß in causis popularibus, welche die Gemeinden betreffen, ville Interdicta oder Verbott ergangen, als ne quid in loco sacro fiat. das Interdictum de loc. & itin. publ. ne quid in flum. publ. ripavè ejus fiat. quo pejus navigetur, aut aqua aliter fluat, atque præterita æstate fluxit, das Interdictum de rip. muniend. de flum. publ. navigand. de cloac. publ. conservand. und dergleichen mehr, welch alle Remedia popularia seynd, so jedem aus der Gemeind zustehen. Wir sagen also gantz recht, daß in disem Art. wider einen, der einen Gemeinds Platz einnimmt, ein Interdictum gestattet werde, um den Platz auf den blossen Befehl des Richters zu lehren, und in alten Stand herzustellen, doch also, daß der Stritt-Handel durch das Kundschafft-Recht nemlich durch einen Augenschein schleunigist soll ausgemacht werden.

3. In disem Art. wird der dritte Casus beygesetzt, der in der Reformation von Anno 1588. einen besonderen Articul gehabt hat; was nemlich zu sagen seye, wann nicht eine Gemeind, oder einer aus der Gemeind, wider einen Besitzer eines Gemeind Grunds gehandlet hat, sonder ein Dorff, oder eine gantze Gemeind, wider das andere Dorff, oder Gemeind klagt? Und es antwortet der Art. daß eben jenes zu beobachten seye, was in vorgehenden Art. von der Untersuchung, und Augenschein verordnet ist; weilen doch dem geneigten Leser gantz klar erhellet, daß bey der Action, so zwischen zwey Gemeinden obwaltet, nicht eben jene Ursach obhanden seye, welche bey der Action, so zwischen einer Gemeind und Privaten entstanden, obwaltet, dann zu favor des gemeinen Besten hat der Summarische Augenscheins-Process wider den Privaten Platz, welcher einer Gemeind wider die andere auf keine Weiß zugestatten ist, weil ein Privilegirter wider den anderen Privilegirten gleiches Privilegium nicht brauchen kan. Barthol. & DD. in auth. quas act. Cod. de SS. Eccles. Diser Bewurff zwar auf den vorigen Art. ist entnommen worden aus der Reformation, wir haben aber schon oben erinnert, daß die Reformation in dem 4. Art. den ordinari Process dem streittenden Theil nicht benommen, sonder in seinen freyen Willen gestellt habe, ob er sein Recht durch den ordinari Process, oder durch disen Summarischen Inspections- oder Kundschaffts-Process suchen wolle, welche Verordnung doch in unsern 4. Art. abgeändert worden. Scheint also hart zu seyn, daß zwey streittende Gemeinden, so gleiches Recht haben, wider Willen den ordinari Process hinten lassen, und den Summarischen ergreiffen sollen, weilen doch meistens die Gemeinden auf ihre Recht so genau sehen, daß sie nicht eines Nagel breits von ihren Gräntzen weglassen. Weilen aber das Gesatz also geschrieben ist, so muß es gehalten werden, und weilen sonsten unzahlbare Stritt-Händel seynd, so halten wir recht darfür, daß auch eine Gemeind wider die andere sich des Beneficii des Kundschafft-Rechts bedienen müsse.

4. Es ist doch allzeit nöthig, daß, es mag eine Gemeind wider einen Privat-Menschen, oder eine Gemeind mit einer anderen Gemeind wegen eines Gemeinds-Platz in Stritt liegen, des Grunds-Herrn Consens eingehollt werde, weilen die Gemeinds-Plätz eben so dem Grund-Herrn zugehören, als die Grund-Stuck jedes Unterthanens, wie wir anderstwo von diser Sach reden werden; weilen sich dise ungeschickte Hoff-Marchs Unterthanen, welche zu Zeiten Gemeinds Höltzer, gemeinsame Laim-Gruben, Stein-Brüch, und dergleichen haben, einbilden, daß der Grund-Herr über solche kein Recht und Gewalt habe.

Der sechste Articul.

Es soll kein Richter, Castner, Forster, Landsäß, noch jemand anderer, keinen gemeinen Grund auffahren, hinlassen, oder solches jemand anderen zu thun bewilligen, und gestatten. Es beschehe dann

mit der Grund-Herrn, und Gemeind desselben Orts, so Theil daran haben, sonderen Zugeben, Wissen, und Bewilligen, und sollen hierinnen jederzeit die meisten und trefflichisten Grund Herrn vor Augen gehabt, und wohin sie ihr Bewilligung thun, angesehen, und das Zinnß-Geld durch die Grund-Herrschafft, und Gemeind sammentlich nach ihrem Gefallen, wieder zu gemeinen Nutz angelegt, oder wohl verwahrt behalten werden.

Summaria.

1. Ob der Lands-Fürst, dessen Beamte, oder die Hoff-Marchs Herrn die Gemeinds Plätz ihnen zueignen können?
2. Ob nicht die Gemeinds Gründ von solchen Recht seyen, wie die Grund-Herrliche Güther?
3. Ob die Unterthanen die Gemeinds Güther verleihen, oder aus einem Gemeinds Wald einem anderen Holtz geben können, ohne Vorwissen des Grund-Herrns?
4. Ob der *Consens* aller Unterthanen, oder deren nur grösseren Theils in einer gemeinsamen Sach erfordert werde?
5. Wann dem nicht Einwilligenden in einer Gemeinds Sach kein Schaden geschieht, ob nicht die mehrere Anzahl vorzuziehen seye?
6. Wem die Gemeinds Einkünfften zugehören, und wie solche wieder nutzlich zu verwenden seye?
7. Ob die Forster der Fürsten über die Wälder, so denen Gemeinden zugehören, etwas verordnen können?

IN vorhergehenden haben wir gehört, daß keinem Privaten erlaubt seye, einen Grund, der zur Gemeind ge-
1. hört, sich zuzueignen. Jetzt in disem Art. wird weiters statuirt, daß auch denen Obrigkeiten, Richtern, Castnern, Forstern, und anderen Fürstlichen Beamten, oder denen Hoff-Marchs Herrn nicht erlaubt seye, die Gemeinds Gründ mit Zäun, Gräben, oder anderst einzufangen, und zu eignen Nutzen zu verkehren, ja so gar der Lands-Fürst selbsten, oder ein anderer Herr, so die Superiorität hat, kan in Plätzen, Orten, Weydungen, Wälderen, so der Gemeind zugehören, wegen der zustehenden Jurisdiction nicht das mindiste verordnen, wie da lehret Covarra tom. 2. pract. quæst. cap. 37. n. 1. wo er mehrere citirt. Und And. de Isernia in cap. unic. quæ sint regalia. verbo. flumina navigabilia. n. 7. Dann obwohlen gesagt wird, daß alles dem höchsten Fürsten seye, so ist doch solches allein zu verstehen, daß alles ihme mit der Jurisdiction, und zur Defension unterworffen seye, nicht aber des Eigenthums halber, welches er denen Inwohnern nicht benemmen kan. Pulchrè Barthol cit. à Berlich. lib. 1. conclus. 76. n. 11. und Coler. de process. execut. part. 2. cap. 3. n. 331. & seq. Wann nicht die Noth und Nutzen des gemeinen Weesens solches erfordert, es können auch die Obrigkeiten die Gemeinds-Güther ohne Vorwissen der Innwohner, und ihrer Grund-Herrn nicht verleihen, aus Ursach, weilen, gleichwie das utile dominium dergleichen Gemeinds Gründ, der Gemeind zugehört, also auch hingegen gehört das dominium directum denen Herrn zu, von welchen die Gemeind ihre Güther als Lehen, Erb- oder Leib-Recht, oder Frey-Stifft weiß empfangen hat.

Nun ist aus disem Art. ein und an- 2.
deres sonderheitlich zu mercken, das erste ist, daß die Gründ, welche in einem Dorff, oder Hoff-March zur Gemeind gehören, eben solchen Rechts zu seyn erachtet werden, wie der Grund-Herrn Haupt-Güther seynd. Mir kommete lächerlich vor, da meine Unterthanen einstens bey Bedingung der Hirten ihnen Spott weiß sagten; Wir seynd eure Herrn, und ihr seyd unsere Unterthanen, wir haben euch dise Wohnung auf unsern Grund gebauet, welcher zur Gemeind gehört, ihr müßt also uns gehorsamen, und Ehr beweisen, ein anderesmahl seynd sie noch weiter geschritten, und haben offentlich behauptet, in ihren Gewalt zu seyn aus dem zu Reparirung der Weeg, Brucken, und der Zäun der Gemeynd zugehörigen Wald, wem sie wollen, ohne unser Vorwissen Holtz zu geben, welches wir nachgehends in so weit eingeschränckt haben, daß wir ihnen auch zur eignen Nothdurfft nichts absolgen lassen, wann sie nicht zuvor unsern Consens erbetten und erhalten haben; welches nach Inhalt dises Art. gantz recht geschehen zu seyn, erachten, weilen ja jenem die Gemeinds-Güther zugehören, deme die gantze Gemeind zugehört.

Und dahero thut 2. der Art. in dem 3.
Fall, da die Gemeinds Gründ anderen verliehen werden, befehlen, daß hauptsächlich man auf die Grund-Herrn sehen müsse, und zwar auf die fürnehmste. Dann es kan sich zutragen, daß in einem Dorff oder Gemeind zerschiedene Grund-Herrn gefunden werden, wo unter dessen die Jurisdiction einem anderen, villeicht einem Land-

Land-Richter zugehört, welches der eigentliche Verstand diß unsers Art. ist. Wann also der Land-Richter die Gemeinds-Gründ einem anderen verleyhen will, so muß er diß thun mit Vorwissen und Consens der Unterthanen, insgemein, und der besonders fürnehmsten Grund-Herrn, welches ein handgreifflisches Zeichen ist, daß auch das Eigenthum der Gemeinds-Güther denen Grund-Herrn zugehöre, wie das Eigenthum der Haupt-Güther, und zwar auf eine bessere Weiß, weil der Art. sagt: Daß jederzeit die meisten, und trefflichiste Grund-Herrn vor Augen gehabt, und angesehen werden sollen. Es haben also die Unterthanen in denen Gemeinds-Güthern kein vollständiges Eigenthum, sondern solches, welches von ihren anderen Haupt-Güthern als Dominio directo abhangt, können also weder vom Gemeinds-Wald einem anderen ein Holtz umsonst geben, noch dem anderen um ein Hauß zu bauen, oder einen Stadel aufzurichten einen Platz von dem Gemeinds-Grund ohne des Grund-Herrn Consens einraumen.

4. Obwohlen aber 3. der Art. befihlt, daß vor auf die Grund-Herrn gesehen werden müsse, ehe auf die eine Gemeind ausmachende Unterthanen gesehen werde, diß aber ist nicht also zu verstehen, daß die Gemeind könne ausgeschlossen werden. Dann, wie wir zuvor gesagt haben, dergleichen Gemeinds-Gründ, was wenigist das Dominium utile betrifft, angesehen werden, daß sie zwey Herrn haben; muß also auch der Bauern Consens gebraucht werden, doch also

Weilen 4. die Bauern zum nein sagen, und einander zu widersprechen gar leicht und geneigt seynd, daß der grössere Theil genug ist, weil Regul-mässig in Gemeinds-Sachen der grössere Theil für die gantze Gemeind gehalten wird. §. item propter litem 4. Instit. de excus. tut. Und was von mehrern geschlossen wird, in Gemeinds Sachen approbirt wird. L. cùm quidam 30. §. quod dicitur. 3. ff. de acquir. hæred. L. 3. in princ. ff. ad Maced. L. quod major. 19. ff. ad municip. L. pomponius. 36. L. duo 39. ff. de re Jud. L. diem. 27. §. si plures. ff. de recept. arbit. cap. 1. & cap. fin. X. de his, quæ si à major. part. Dann die Tractaten über Gemeinds-Güther geschehen von mehrern aus denen Unterthanen gleichsam von allen, und nicht von mehreren gleichsam von jedwederen. Zum Exempel wann die Tractaten der Unterthanen jeden Güther oder Persohn betreffen, da hat ein andere Regul Platz, nemlich was alle betrifft, muß von allen approbirt werden. cap. quod omnes. 29. de R. J. in 6. worüber zu lesen ist Canis. ad dict. R. Lese auch Art. 8. der Forst-Ordnung.

Welches 5. absonderlich alsdann Platz hat, daß man bey Schluß des grösseren Theils bleiben müsse, wann in einer Gemeinds-Sach dem dritten, der nicht einwilliget, kein Præjudiz geschieht. Zum Exempel, da eine Gemeind zur Weyd genugsame Gründ hat, und der grössere Theil einige Fremden verleyhen will, einer aber oder der ander, weil sein Vieh niemahlen genug grosse Avter hat, wie der Poët singt, die Verleyhung aus puren Contradictions-Eyffer verhintern will, dann solchen Falls ist auf solches Widersprechen nicht zu sehen; Ein anderes wäre es, wann das Widerspihl geschehete, daß die Gemeinds-Weyd Fremden verliehen wurde, das eigne Vieh der Gemeinds-Leuthen aber Hunger leiden müste, dann es haben nicht alle so vill Heu, daß sie ihr Vieh überwinteren können, wegen welcher Ursach man die Gemeinds-Weyd schonen muß, damit das Vieh im Herbst desto länger ausser denen Ställen unterhalten werden kan. Wann die Gemeind eben jenem Herrn zugehört, der zugleich Grund- und Gerichts-Herr ist, da hat es keine Beschwernuß, weil ein solcher selbsten Vorsehung thun wird, damit seine Unterthanen erhalten werden: wann aber die Jurisdiction einem Land-Richter zustehet, und in einer Gemeind mehrere Unterthanen seynd, die zerschiedenen Grund-Herrn zugehören, entstehen offt solche Händel, daß die reichere Bauern um die Gemeinds-Gründ zu verleyhen, die schlechtere aber um solche zur Gemeinds-Weyd bey zu behalten streitten, in welchem Fall ja jener Theil vorzuziehen ist, der um den Schaden zu wenden streittet, als welcher um Gewinn hadert. In unserem Dorff M. wo Weyd genug ist, nimmt die Gemeind schier alle Jahr etlich Stuck Vieh in die Weyd auf, doch allzeit mit meinen Grund- und Gerichts-Herrlichen Consens, ja auch mit Consens des Herrn Pfarrers, damit er sich nicht beklagen könne, man habe ihn auf die Seiten gesetzt, und daß sein Vieh nicht Weyd genug habe.

Es geziemt sich doch 6. daß der Nutzen, der aus dergleichen Gründen, und verliehnen oder auch veräusserten Gerechtigkeiten entspringt, und eingenommen wird, wieder mit gemeinsamen Consens der Grund-Herrn und der Unterthanen zu gemeinsamen Nutzen verwendet werden. Dann es ist kein Zweiffel, daß dergleichen Gemeinds-Güther besagter massen weder zu der Grund-Herrn noch der Gerichts-Herrn Nutzen und Disposition gehören, sondern der Gemeind zugelassen werde, damit sie einen Gemeinds-Säckel oder Schrain haben

haben könne, worinn dergleichen Einkünfften aufbehalten, und zu anderen Nothwendigkeiten ausgelegt werden, L. 1. §. quibus. & tot. tit. ff. quod cujuscunque univerf. Wesenbec. consil. 55. n. 1. wann nur hierüber Rechnungen abgelegt werden. Dises Amt die Einkünfften einzuziehen, und solche wider nutzlich zu verwenden überlassen wir denen Haupt-Leuthen, oder Dorffs-Führern, deren zwey alle Jahr aufs neue erwählt werden, welche vor der gantzen Gemeind zur gewissen Zeit, meistens, wann sie von ihren Ehehafften handlen, die Rechnung ablegen, und ihr Amt gegen einander abtretten. Diß aber ist bißhero der Brauch gewesen, daß, wann sie aus denen Gemeinds-Plätzen einem einen Platz zu Erbauung eines Hauß oder Stadel zulassen, sie dem Besitzer um jährlich etwas zur Kirchen zu zahlen auflegen, welches, weilen wir für billig angesehen, wir bißhero nicht abgeändert haben.

7. Jenes aber 7. ist unerträglich, daß die Fürstliche Forster, und Uberreitter ihnen einen solchen Gewalt zueignen, daß sie über die Gemeinds-Höltzer spöttlich disponiren, also daß keiner aus der Gemeind ohne ihr Vorwissen einen Baum umhacken kan, hingegen um ein Trinck-Geld dem anderen, ohne Proportion, auf einmahl mehrere umhauen lassen. Dise Sach hat in so weit sein Fundament, als die Erhaltung der Bäum für der Thier Stand, und zur Fürstlichen Jagd nöthig ist: dann von darumen werden sie genennt Wild-Hay, Forst- oder Holtz-Hay: damit aber dise Gesellen nach ihren Gefallen Holtz abgeben, jetzt einem um ein Schmirbahl mehrere Bäum umhauen lassen, dem anderen aber nichtmahlen ein Gestreiß lassen sollen, das wir in unsern Statuten nirgends verordnet gefunden, und fürwahr ist solches wider alles Recht, dann, weilen der gantze Wald der gantzen Gemeind gemeinsam ist, so muß ja auch der Nutzen des Walds allen von der Gemeind gleicher Gestalten gemeinsam seyn. Gewiß dergleichen Leuthen ihr Amt erstreckt sich weiters nicht, als daß sie die Verschwendung der Bäum verhintern, nicht aber daß sie unter denen Bauern Richter, und Holtz Abgeber seyn, und dem rechtmässigen Grund- und Gerichts-Herrn sein Amt und Recht bekräncken sollen. Da sich vor zwey Jahren in meinem Dorff M. dise Unbilligkeit zutruge, daß mein Richter von dergleichen schlechten Kerl sehr injurirt wurde, hab ich die Sach so hart aufgenommen, daß, wann ich den Flegel erwischt hätte, selben biß zur Satisfactions-Verschaffung hätte einlegen lassen, er scheut aber jetzt den Ort, weilen er den Bratten schmeckt.

Der sibende Articul.

Da ein Land-Straß, oder ehehaffter Wagen-Weeg, durch oder neben einem Feld gehet, und die Leuth, welche an dem Weeg Gründ haben, ackern, verzäunen, oder vermachen den Weeg zu nahend, also daß der Weeg zu eng worden ist, da soll man auch Kundschafft aufbietten, den ältisten und den verständigisten, und wie weit und breit sie die Straß sagend, und auch den Weeg auf ihren Eyd, den sie darum schwören, als recht ist, dabey soll die Straß, und der Weeg bleiben, und obgleich ihr jemand bedunckt, daß man ihm von seinem Grund zu vill wolt absprechen, und dem Weeg zulegen, so soll doch denselbigen seines Grunds Innhaben, Nutz und Gewehr, an demselben Ort, nicht fürtragen, sondern es soll bleiben, als es die Kundschafft ausgangen hat.

Summaria.

1. Was Rechtens, wann etwas auf offner Straß geschieht, wodurch der Weeg oder Straß schlechter wird, was für ein *Interdictum* Platz habe?
2. Wie villerley Weeg es gebe?
3. Wann eine offne Straß verderbt worden, wie man sogleich zum Augenschein schreitten soll, damit das gemeine Weesen nicht leide?
4. In wem das Amt derjenigen bestehe, die zum Augenschein *deputirt* werden?
5. Ob jenes, was der Augenschein mit sich gebracht hat, nothwendig müsse *exequirt* werden, also daß auch kein widrige *Præscription* kan *allegirt*, noch zugelassen werden?
6. Wie breit eine Land-Strassen seyn müsse?

7. Wie

7. Wie hoch die Land-Straß seyn müsse?
8. Was ein ehehaffter Waagen-Weeg seye, ob solcher zu denen Land-Strassen, oder *privat* Feld-Weeg gehöre?

In disem Art. wird gehandlet, was Rechtens seye, wann man der Land-
1. Strassen zunahe ackert. Wir haben von diser Sach in dem gemeinen Recht ein zweyfaches Interdictum, deren das erste ein Verbott ist, das andere aber befihlt, daß die Sach in alten Stand zu setzen. Das erstere ist enthalten in L. 2. §. 20. ff. ne quid in loco publ. vel itin. fiat. Wo der Prætor sagt: ich verbiette, daß auf offnen Weeg oder Straß nichts geschehe, wodurch solche schlechter wird. Das andere begreifft in sich dict. L. 2. §. 35. in den Worten: was auf einem offnen Weeg oder Straß geschehen, wodurch solcher schlechter worden, das muß aufgehebt werden. So offt nun etwas auf offnen Weeg oder Strassen geschieht, wodurch der Weeg verderbt, oder enger wird, so hat entweders das Interdictum prohibitorium, wann die Verderbung noch nicht vollbracht, sonder erst angefangen worden, oder das Interdictum restitutorium Platz, wann die Verderbung schon vollbracht worden.

2. Es gibt aber sonderheitlich dreyerley Weeg, als offentliche, privat, und Nachbarschaffts-Strassen, von denen privat Weegen wird hier nicht geredet, sonder hauptsächlich von offentlichen Land-Strassen, welche Kayserliche und Königliche Hör-Strassen, freye Reichs- oder Lands-Strassen genennt werden, dise zu beschützen und zu erhalten gehört unter die Fürstliche Regalien. Und deswegen wird in disem Art. sorgfältig verordnet, daß, wann ein Weeg durch Mitte der Felder gehet, solcher durch Umackerung nicht soll enger gemacht werden, womit einstimmet dict. L. 2. §. 25. & §. 34. Krafft dessen das Interdictum Platz hat, wann aus einem glatten ein abhängig und bergiger Weeg gemacht worden.

3. Obwohlen aber der Richter in vorigen, wann eine Gemeinds-Sach verkehrt wird, alsdann erst zum Augenschein schreitten soll, wann die Gemeind oder (wie wir oben gesagt haben) einer aus der Gemeind den Dritten, so den Gemeinds-Grund angreifft, beklagen thut: So scheint doch, daß in disem Art. denen Richtern und Obrigkeiten jedes Orts aufgetragen werde, daß sie von Amts wegen verfahren sollen; dessen ist die Ursach, weilen dem Lands-Fürsten die Besorgung der Strassen hauptsächlich obliget, also daß vor altem die Besorger der Strassen in grosser Würde gestanden. Von welchen schreibt Barnab. Bisson. de antiquit. part. 4. cap. 12. Also daß auch Augustus der Kayser dises Amt wegen dessen Würde seinem Tochtermann gegeben hat. Es braucht also der Art. das Wort: da soll man Kundschafft ausbietten den Aeltisten und Verständigisten. Also wollte gleichsam der Text sagen, damit die Land-Straß kein Hinternuß leide, so seyen von Amts wegen die ältiste und gescheidere zum Augenschein zu beruffen, und zu nöthigen, und also die Sach auf das kürtziste zu vollziehen, wie vor disem bey denen Interdictis der Brauch ware, damit das gemeine Weesen keinen Schaden leide, welches aller Interdicten Zihl und End gewesen. vid. DD. ad princ. Just. de interdictis.

Aber deren, so zum Augenschein, oder zu der Kundschafft deputirt seynd, Amt 4.
ist dises, daß sie nach genommener sattsamen Information eydlich aussagen sollen, wie der Weeg bißhero gewesen, wie breit, wie lang, und wann sie diß anzeigt haben, so bleibt es bey ihrer Aussag, und muß der Weeg völlig hergestellt werden. Aus welchen Worten erhellet. Daß zwar der Art. simpliciter rede vom dem Edicto restitutorio, welches sonsten favorabler ist, es kan nichts destoweniger doch niemand zweifflen, daß nicht auch das Interdictum prohibitorium Platz habe, wann nenlich die Bauern an deme seynd, daß sie durch Ausackerung der Anwänden in ihren Aeckern die Breitte des Weegs einschrancken wollen. Dann leichter wird die Sach im alten Stand erhalten, als in alten Stand wieder eingesetzt.

In so weit aber ist diser Summarischer 5.
Proceß privilegirt, daß, was der Augenschein ausgesprochen hat, exequirt werden muß, wann schon die Besitzer der Aecker zu erweisen bereit stehen, daß sie die erweiterte Aecker wider den Weeg rechtmässig præscribirt haben, seynd die Wort des Art. so soll doch demselben seines Grunds Innhaben, Nutz und Gewehr an demselben Ort nicht fürtragen. Man könnte zwar anstehen, ob dise Wort nicht allein von jenem zu verstehen seyen, der in quasi possessione und Stand der Præscription ist, aus Ursach, weilen der offnen Strassen Conservation favorabler ist, als des anderen Stand præscribiren zu können, nicht aber als die schon erfüllte Præscription. Aus Ursach, weilen durch solche das Eigenthum erworben worden, welches niemanden wider Willen benommen werden kan, aber fürwahr, wann einer die Wort recht betrachtet, so redet der Art. nicht allein von der angefangenen sonder auch erfüllten Præscription, daß einem NB. weder seines Grunds Innhaben,

haben, noch Nutz und Gewehr an demselben Ort nichts fürtragen mög. Wir haben also hier einem Casum, wo auch die rechtmässig erfüllte Præscription nicht Platz hat, welches nicht wunderlich fallen muß. Dann die Præscriptio ist ein vom gemeinen Recht erfundenes Mittel, welches auch aus dessen Verordnung wegen gemeinen Weesens Nutzen und Nothwendigkeit eben so leicht verhintert, limitirt, und abgethan werden kan, wie es eingeführt worden ist. Gleichwie wir Exempel haben, daß sehr villes dem gemeinen Recht nach nicht præscribirt werden kan, wie da ist ein freyer Mensch, ein heilige Sach, gestohlne Sach, ein flüchtiger Knecht, und dergleichen, wovon redet der 6. Titul 1. & 2. §. Inst. de præscript. worunter wir auch gantz recht zehlen der Land-Straß Breitte und Länge: Es scheint, daß mit unsern Art. über eins stimme der Text in L. usucapionem 9. ff. de usurp. & usucap. wo gesagt wird, daß die res sacræ, sanctæ, und NB. publicæ nicht können præscribirt werden, dergleichen ja seynd auch die Land-Strassen, und der Text in L. præscriptio 5. Cod. de oper. publ. wo gesagt wird, daß die Præscriptio dem Juri publico nicht in Weeg stehen soll. Ein gleicher Text ist in L. via. 2. ff. de via publ. wo enthalten ist, daß ein Voll durch das nicht brauchenden Weeg nicht verliehren könne. Pet. Surdus. dec. 42. n. 8. gar schön Ludov. Molin. disp. 707. n. 8. wo er sagt, daß über dergleichen gemeinsame Sachen, welche zum gemeinsamen Brauch aller gewidmet seynd, und deren Eigenthum, und also deren Veräusserung allein dem höchsten Fürsten zustehet, kein Præscriptio Platz habe, also zwar, daß Molina selbsten weder ein 100. jährige, und alldort Lopez weder eine unfürdenckliche Præscription zulassen, obwohlen bey einer unfürdencklichen Præscription der allegirte Molina das Widerspihl haltet.

6. Was ist aber Rechtens, wann die Kundschaffter unter einander nicht einstimmen, sonder in Länge und Breitte des Weegs differiren, absonderlich wann von dessen alten Stand nichts erhellet? Und wir antworten, daß die Rechts-Gelehrte dißfalls nicht einig seyen, wie breit eine Land-Strassen eigentlich seyn solle.

In disem kommen sie gemeiniglich über eins, daß auch allein in Betracht dessen, in so weit der Weeg eine Servitus rustica prædialis ist, nicht allein in sich begreiffe das Recht zu gehen, zu spatzieren, zu treiben, sonder auch zu fahren, (wie gemeiniglich die Ausleger sagen) das ist, das Recht zu fahren, zu ziehen, Holtz, Stein und Gestreiß durchzuschlepen, und dergleichen, oder wie Perned. redet, wer ein Fuß-Straß hat, der mag nicht allein gehen, reitten, treiben, oder fahren, sondern Bäum und Stein darüber führen, und schlaipffen, oder flezen. Wann also dise Breitte in Weeg, in so weit er ein servitus rustica ist, erfordert wird, so ist solche um so mehr nöthig in einer offenen Land-Strassen; Paulus J. C. setzt bey in L. qui stella. 7. ff. de servit. præd. rust. Daß der Weeg auch seine rechte Maaß auch wegen der Höhe haben müsse, das ist, daß einer mit oder ohne aufgereckten Piquen reisen könne, welches abermahlen die Rechts-Gelehrte unterschiedlich auslegen, dann einige erforderen zu einen Weeg eine solche Breitte, daß einer ein Heer Fuß-Volck durch solchen mit oder ohne aufgereckten Piquen fünff Mann neben ein ander führen könne. Andere erforderen eine solche Breitte, daß die geladene Wägen ein ander gelegentlich ausweichen können. Wir vermeynen, es seye zu beobachten, was verordnet ist in L. viæ latitudo. 8. ff. de servit. præd. rust. wo Gajus J. C. sagt, daß Krafft des Gesatz der zwölff Tafflen die Breitte des Weegs grad fort 8. in Umweeg aber 16. Schuh weit seyn müsse; Obwohlen unsere Land-Strassen mehr als nochmalen 8. Schuh breit, und manichen Orts noch breiter seynd, auch in einem so engen Ort die geladene Wägen gelegentlich nicht ausweichen, noch eine Mannschafft gelegentlich durchgeführt werden kan, wann nicht villeicht der Römische Schuh grösser gewesen als der unsere. Virgil. in Georg. von einer Teichsel redend sagt, daß solche Ungeheur gewesen von 8. Schuh, welches Maaß anzeigt, daß der alte Schuh noch kürtzer gewesen, als der unser, weil kaum eine Teichsel jetziger Zeit kürtzer als zwölff Schuh ist. Es thun also die Richter gantz recht, wann sie die umgedeckerte Weeg wieder in alten vorigen Stand herstellen, welches das Absehen unsers Art. ist, und es kan unter denen zum Augenschein Deputirten nicht leicht ein Miß-Verstand entstehen, weil die Sach so langen Verschub nicht leidet, daß man die alte Anstöß vergessen werden können.

Jenes doch ist aus Vorgehenden zu mercken, weilen an vilen Orten bey der 7.
Weegen Anstösseren, absonderlich bey denen Umweegen fruchtbare Bäum gepflantzt werden, welche denen Herren über die anligende Aecker gehörig seynd, weilen sie in deren Grund stehen, daß nach des Pauli J. C. Meynung die Näst so hoch müssen abgehauen werden, damit man eine erhebte Piquen tragen kan, daß also nicht allein die Länge und Breitte, sonder auch die Höhe von der Substanz einer Land-Strassen ist, die Arithmetici sagen, daß gemeiniglich

ein Piquen 6. Schuh lang seye, aber daß die Kriegerische Piquen länger seyen, gibt der tägliche Augenschein, dann sonsten jener Schwab, der deßwegen dapfer abgebriglet worden, weilen er vor einem auf der Wacht gestandenen Soldaten sagte, er betrachte, was diß müß für ein langer Mann gewesen, der diß Eisele da anffi gemacht hab. Dann weilen die Höhe vom 6. Schuh gemeiniglich die Länge eines Menschen ausmacht, so verdienten unser Piquen keine Verwunderung, wann sie nicht länger wären. Bey uns in Bayerland ist der Brauch, daß unsere Bauern ihre Oster-Fähnlen an die höchste Piquen aufhencken, also daß sie indeme eine Ehr suchen, wann einer vor anderen allen seinen Fahnen höher hangen hat, wie wir in unsern Dorff S. eine Fahnen Stangen haben, welche höher als 18. Schuh ist, vermeynst wohl geneigter Leser daß wir fehlen, wann wir sagen, daß die Höhe der Landstraß so hoch ausgehackt seyn müßte, daß unsere Bauren ihre Fahnen aufrecht tragen, und ihre Geistliche Hoffarth unter offnen Himmel offentlich zeigen können?

8. Noch eines ist aus unsern Art. beyzusetzen, was verstanden werde unter denen Worten **Ein ehehaffter Wagen-Weeg.** Wir haben kurtz zuvor gesagt, daß die privat-Weegen, welche die Rechts-Gelehrte Feld-Weeg nennen, unter der Verordnung dises Art. nicht enthalten seyen, sondern allein die Land-Strassen, wegen welchen vor alten die Interdicta Prohibitoria und Restitutoria ergangen. Unter was Gattung also die **Ehehaffte Wagen-Weegen** seyen. Hierauf antworten wir, daß noch eine dritte Gattung der nachbahrlichen Weegen seye, welche widerum abgetheilt wird in andere zwey Gattungen, deren eine allein den Nutzen etwelcher Privaten betrifft, die andere aber den Nutzen einer Gemeind, das ist, welcher einer gantzen Gemeind nothwendig ist; dann das Wort Ehehafft zeigt in unsern Land-Recht, wie wir in semicent. 1. controverf. 30. n. 6. ausgelegt haben, allzeit eine die gantze Gemeind angehende Nothdurfft an. Wann man also sagt, daß die Wort unsers Art. **Ein ehehaffter Wagen-Weeg** einen solchen Weeg für die Fuhren anzeige, dessen eine Gemeind nicht entbehren kan, so ist eben darum ein solcher Weeg für einen offentlichen nachbahrlichen Weeg zu halten. Oder, wann man noch deitlicher dises Wort auslegen will von denen Weegen, welche führen zu den vier Ehehafften im Land, das ist, zu denen Brau-Häusern, Schmid-Statten, Mühlen, und Bäderen, so bekhennen wir eben darumen, daß dise auch offentliche Land-Strassen seyen, weilen solch vier Ehehafftinen keine Gemeind entrathen kan. Wie in bemelter Controv. 4. weitleifftiger ausgelegt worden. Wir verstehen unsern Art. von jedwederen benachbarten Weeg, der einer oder mehrern Gemeinden zum fahren nöthig ist; dann obwohlen eigentlich eine Land-Straß genennt wird, die von einer Land-Straß zur anderen führt, nemlich zu einer Stadt, Meer, oder Fluß, L. 2. §. viarum. ff. ne quid in loc. publ. L. fin. ff. de itin. ait. privat. Wo das Dominium über den Grund des Weegs dem höchsten Fürsten zugehört, so thun doch die Rechts-Gelehrte gemeiniglich auch für eine Land-Straß erkennen, wann der benachbahrte Weeg zum gemeinen Nutzen und Gebrauch einer Gemeind dienet, also daß der Weeg nicht allein einem Privaten zugehört, sondern allen aus der Gemeind text. in L. 2. §. vicinales. ff. ne quid in loc. publ. & in L. fin. in princ. ff. de loc. & itin. publ. Cæpol. de servit. rust. præd. cap. 3. tit. de servit. vid. quæst. 7. surdus dict. decis. 42. n. 25. Molin. Loc. cit. Dann auf beyde Weiß kan eine Land-Straß genennt werden, wann der Grund des Weegs dem Lands Fürsten zugehört, oder einer Gemeind zustehet.

Der achte Articul.

Wo ein fliessend Wasser, jemand durch einen gantzen Wasen bricht, unverändert des Wasens, und Wurtzen, das soll dem, deß der Boden gewest, an dem abgesenderten Wasen unschädlich seyn, und ihme mit dem Eigenthum bleiben. Wo aber das Wasser jemand in Grieß-Weis gibt, und anschütt, solches soll, dem es gegeben, und angeschütt hat, zustehen.

Summaria.

1. Ob auch *Prætorische Edicta* obhanden wegen Anlauff und Schaden der Wässer obhanden?

2. Und 4. wann ein Grund von des Fluß Gewalt durchbrochen, oder ein merckliche Theil weggerissen

rissen, und dem anderen zugelegt worden, ob solchen Theil der vorige Herr verlihre?

3. Und 5. ob auch bey weichern Bächlen ꝛc. das *Jus Alluvionis* Platz habe?

6. Wem eine Insul zugehöre?

7. Wann die Insul denen Angränzenden zugehört, wie sie zu vertheilen seye?

8. Ob die Insulen unter die Fürstliche *Regalien* gehören?

9. Ob auch das Wasser-Bauch und die Beschlacht?

10. Ob auch in Bayern die Insulen dem Lands-Fürsten oder *Fisco* zufallen?

11. Was zu sagen seye von anderen *Alluvions*-Zulegungen, ob sie nicht denen Angränzenden zugehören?

12. Ob unter dem Namen der *Regalien* die Insulen in allen Flüssen begriffen werden?

13. Was Rechtens, wann ein Schiffreicher Fluß einen Grund durchbrochen hat, und solchen zur Insul gemacht hat, ob solcher Acker dem vorigen Herrn verbleibe?

14. Ob ein offentlicher Fluß, der nicht Schiffreich ist, unter die *Regalien* gehöre?

15. Ob das *Alluvions*-Recht in allen nicht Schiffreichen Flüssen heut zu Tag denen *privat*-Leuthen zustehe, die benachbarte Güther haben?

16. Welcher Fluß Schiffreich genennet werde?

17. Ob die Insul, oder andere angeschitte Erden gemeinschäfftlich werde, wann der Fluß keine andere anligende Güther hat als Gemeinds-Güther?

18. Was Rechtens, wann ein nicht Schiff-reicher Fluß eine Wiesen durchfließt?

19. Ob jedem erlaubt seye, sein Gestatt wider den Fluß zu befestigen?

20. Weilen bey denen bemarckten Aeckern daß *Alluvions*-Recht nicht Platz hat, wie das Wort bemerckte Acker zu verstehen seye?

21. Wann durch die Uberwässerung die Marck-Stein verendert werden, ob hiedurch auch die *Jurisdiction* geschwecht, oder vermehrt werde?

22. Was Rechtens, wann der Fluß selbst der Marck-Stein ist, ob er durch Veränderung des Wasser-Bauchs einer Hoff-March etwas von der *Jurisdiction* abnemmen, und der anderen zu legen können?

23. Wann ein offentlicher Fluß den Wasser-Bauch endert, wem der alte verlassene Wasser-Bauch zugehöre?

24. Wann der Fluß den neuen Wasser-Bauch wider verlaßt, ob solcher nicht wider dem vorigen Herrn *Jure postliminii* zufalle?

25. Ob der Wachsthum dem Vasallen, oder Lehen-Herrn zufalle?

26. Item dem Bauern oder dem Grund-Herrn?

27. Item dem Nutz-Niesser? dem Beständner, oder dem Bestand-Geber?

1. DJe Materi dises Art. von Einreiß- und Schadenbringung der Wässer ist sehr weitleiffig, also daß hierüber gantze Tractaten heraus gangen, und die Fürstl. Räth zur Zeit der Errichtung der neuen Land-Rechten darfür gehalten, der Mühe werth zu seyn, daß ein besonderer Titul unter der Uberschrifft Von der Anschitt und Schäden des Wassers verfaßt, und in mehrere Art. abgetheilt werden solle, so ist doch solches unterlassen, und hier allein ein Art. aus der Reformation von An. 1588. lib. 4. tit. 19. art. 2. Der Pollicey-Ordnung einverleibt worden. Wir werden vor allem den Art. kürtzlich auslegen, hernach doch etwas von diser weitschichtigen Materi in kurtzen Begriff beysetzen. Wir vermeynen nun, daß diser Art. von darumen hiehero fieglich übersetzt worden seye, weilen, gleichwie die zuvor von denen offentlichen Land- und privat-Strassen, und denen zu Erhaltung der Land-Strassen zustehenden Mittlen gesagt worden, also auch die Vernunfft erfordere, daß auch von denen Flüssen sie mögen privat oder offentlich seyn, etwas geredt werde, weilen auch die Edicta prætoria, und Interdicta zu Erhaltung der offentlichen Land-Strassen, und der Schiffreichen Flüssen zusammen gesetzt worden.

2. Die Verordnung aber dises art. ist dise, und bestehet in sehr wenig Worten und in dem Unterschied, ob das fliessende Wasser einem durch den gantzen Grund ohne Verletzung des Wasens und Wurtzel durchdringe, oder, ob es allein den Grund überschwemme, und ihme ohngemerckt etwas weg nimmt, oder beylegt? In dem ersten Fall sagt der Text, daß solches Durchbrechen der Wasser den Theil, welchen es vom Grund weggenommen hat, dem vorigen Herrn nicht benehme, sondern dessen Eigenthum ihme ohnbekränckt verbleibe. Wann aber durch den Anlauff der Wasser vom Grund nach und nach ohngemerckt etwas einem Grund abgenommen, und dem anderen beygelegt worden, so muß den Nutzen oder Schaden jener haben, dem der Grund eigen ist.

Diß alles kommt mit dem gemeinen Recht über eins in §. præterea 20. tit. 1. Inst. de acquir. rer. Domin. & in L. 1. Cod. de alluvio. Wo enthalten ist, was meinem Grund nach und nach der Fluß beylegt, das gehört dem vorigen Herrn nicht mehr zu, und gehört mein Alluvionis, wir sagen allzeit nach und nach und ohngemerckt, weilen, wann der Gewalt des Fluß aus des andere Grund einen mercklichen Theil weggenommen, und meinem Grund beygelegt hat, so bleibt solcher dem vorigen Herrn Perez. ad dict. tit. 41. Cod. de alluv. Weil ein solch schnelle Veränderung und Uberwässerung das Eigenthum nicht abendert. L. 1. §. 10. ff. de flum. L. 30. §. 3. ff. de acquir. rer. Dom. & §. 20. Inst de acquir. rer. Dom. Also noch vilweniger wird einem das Eigenthum benommen, wann ihm kein Theil vom Grund weggerissen nach dem anderen beygelegt worden, noch weniger mit selben sich vereiniget hat, sonder in alten Stand verbliben ist, wovon hauptsächlich

unser Art. redet. Dann es wird der Wachsthum durch die Alluvion genennt ein verborgner Wachsthum, nemlich, daß nicht kan gemerckt werden, wie vil jeden Augenblick dem Grund zugelegt werde, daß also billig das Alluvions-Recht nicht Platz hat, wann durch Gewalt deß Fluß der Grund durchbrochen, oder ein merckliches Theil weggenommen, und denen andereren beygelegt worden. Welches doch nach Meynung des Cajii. in L. adeò §. præterea ff. de acquir. rer. Dom. dessen Wort in §. præterea Inst. de acquir. rer. Dom. widerholt werden, also zu verstehen ist, wann nicht der weg gerissne Brocken längere Zeit an meinem Grund gehangen, und die Bäum, so mit genommen worden, in meinem Grund, Wurtzel gefaßt haben. Dises bestettiget Alfen. in L. hoc ampliùs §. Alfenus. ff. de dam. infect. sagend, wann aus deinem Grund ein Brocken auf meinen Grund gefallen, kan solcher von dir also vindicirt werden, wann er nicht angewachsen, und sich nicht mit meiner Erden vereiniget hat.

3 Weiters redet unser Art. von einem fliessenden Wasser, um anzuzeigen, daß ein anderes Recht seye in stehenden Wasser und einem Weicher ꝛc. Per L. 24. §. ult. ff. de aqua pluv. arcend. & L. lacus, & stagna. ff. de acquir. rer. Dom. item in einem Mooß. L. fin. §. ult. Cod. de alluv. & palud. Item von einem Bach, und Graben, L. 1. §. fossa. ff. ut in flum. publ. navig. Die Ursach gibt Perez. in Cod. de alluvion. n. 4. Weilen ein See, Weicher, Mooß, Bach, Graben, Brunn keine Flüß, so Juris publici seynd, sonder meistens allein privat-Leuthen zugehören, und weilen sie denen Benachbarten mit ihren Wachsthum nichts benemmen, und ihren Weeg behalten, so können sie auch anderen nichts zulegen. Doch setzt Bapt. Aymus de alluvion. lib. 1. cap. 15. n. 7. bey, weil nichts hinteret, daß nicht auch dise Juris publici werden können. L. 1. ff. ut in flum. publ. & L. litus in fin. ff. de verb. sign. & L. 1. §. si fossa ff. de flum. Daß in solchem Fall nicht minder als bey einem flumine publico das Alluvions-Recht Platz habe.

4. Wann man sagt, daß aus bißhero gesagten zwey Puncten unsern Art. zuwider lauffen, erstlich, weilen unser Art. nicht von einem Brocken, sonder von einem Theil der Erden, welcher durch grösseren Gewalt des Fluß von meinem Grund mit Wasen und Wurtzel weg genommen worden, ohnverändert des Wasens und Wurtzen. Also im Gegenspihl muß gesagt werden, daß, weilen bey denen Brocken der Wasen und die Wurtzel geändert wird, das Eigenthum jenem wahrhafft zufalle, dessen Grund der Brocken zugelegt worden. Aber es wird geantwortet, daß unser Art. nach dem Verstand des gemeinen Rechts verstanden werden müsse; diß wird aus deme erwisen, weilen der Art. in denen letzten Worten alsdann erst die Erwerbung des Eigenthums zulasset, wann das Wasser nach und nach ohngemerckt einem etwas zulegt, oder wie das teutsche Wort lautet, Griess-weiß, und nicht Stuck-weiß dann das Griess, so zugelegt wird, kan nicht erkennt werden, und also wird dem Herrn die Vindication des Eigenthums abgeschlagen, sonder solches fallt dem Grund jure gentium zu, dem das Griess aus einem Glück zugelegt worden. Aber ein mercklicher Brocken, so mit Gewalt vom Fluß übersetzt worden, kan erkennt und also rei vindicatione zuruck begehrt werden, wann er nicht schon in fremden Grund Wurtzel gefaßt hat. Krafft des Vers, Quidquid plantatur &c. omne sole cadit, radices si tamen egit. Dann der Herr des Brockens muß ihm selbsten zumessen, wann er solchen nicht zuruck begehrt hat, ehe er in fremden Boden Wurtzel gefaßt. Ja Perez in Cod. ad hunc tit. n. 3. vermeynet, daß ein solcher mercklicher Brocken könne zuruck begehrt werden, wann schon selber in fremder Erden Wurtzel gefaßt hat, aus Ursach, weilen kein Uberwässerung oder Alluvion ist, welche nicht nach und nach geschieht; aber die zum Widerspihl allegirte Gesatz haben handgreifflich das Widerspihl.

Andertens, scheinet nicht, daß jenes mit der Verordnung unsers Art. einstimme, was wir von einem Bach geredt haben, weil unser Art. von all fliessenden Wasser redet, dergleichen auch ein Bach genennt werden kan. Wie enthalten ist in L. 1. ff. de rivis. wo §. 2. gesagt wird, daß ein Bach ein Ort seye, wodurch das Wasser laufft; ja den Nahmen vom Fliessen hat. Hierauf aber antworten wir, daß, wann ein solcher Bach zu gemeinem Nutzen dienet, und dessen Grund nicht privat-Leuthen sonder dem Fürsten oder einer Gemeind zugehört, das Alluvions-Recht Platz habe, weil ja geschehen kan, daß von einem Theil der Bach etwas wegnehme, und dem anderen zulege. Wann aber des Bachs Bauch, und dessen Nutzen allein Privat-Leuthen zugehört, alsdann wird auf den Alluvions Wachsthum nicht considerirt. Idem Perez. loc. cit. n. 4. Dann es mag etwas zu- oder abgehen, so fallt doch solches denen benachbarten Gütheren nicht zu, benimmt ihnen auch nichts. L. 24. §. ult. ff. de aqu. pluv. arcend. Und diß ist die Auslegung unsers Art. Nach dessen buchstablichen Innhalt, jetzt werden wir nach unsern Brauch etwelche Fragen bey-

beysetzen, welche im Vatterland in diser Materi sich öffters ergeben.

6. Ist also die erste Frag, was zu sagen seye von denen Insuln, das ist, wann das Wasser um einen gantzen Theil Erden herum fließt, wem die Insul zugehöre? Nach dem gemeinen Recht §. Insula 22. Inst. de acquir. rer. dom. & in L. 30. §. 2. ff. eod. ist die Sach klar, daß, wann ein Insul im Fluß (dann vom Meer werden wir nichts sagen, weil in unserm Vatterland dergleichen keinen Nutzen bringen) entsprungen, solche jenen zufalle, welche beyderseits des Fluß am Gestatt Güther besitzen. L. Insula. §. 27. ff. Inst. de rer. acquir. dom. L: 1. §. si Insula 6. ff. de flum. L. 7. §. 3. de acquir. rerum dom. Welches doch besagter massen wider seinen Unterschied leidet, und zwar einen zweyfachen; Der erstere ist, ob der Umlauff des Wassers, welcher die Gestalt einer Insul macht, in einem offentlich gemeinen, oder Privat-Fluß geschehe. Im ersten Fall hat erst-bemeldte Regul Platz, daß die Insul jenen zufalle, welche nächst dem Fluß Güther haben. In dem anderen Fall aber gehört die im Fluß, Bach, oder Privat-Wasser entstehende Insul dem Herrn zu, dem die Bach-Mutter zugehört. Dann schon besagter massen hat das Alluvions-Recht, dessen eine Gattung die Insul ist, bey Privat-Uberwässerungen nicht Platz. L. adeò §. præterea & §. quod si toto. ff. de acquir. rer. dom. Hartman Pistor. L. 4 quæst. 17. n. 4. Der anderte Unterschied ist, ob eine Insul in offentlich gemeinen Fluß durch Anschüttung entstanden, das ist nach und nach, wie unser Art. sagt Griess-weis oder durch Durchreissung des Wassers, wann der Gewalt des Fluß seinen natürlichen Bauch geändert, und meinen Acker oder Grund durchrissen, und einen grossen Theil zu einer Insul gemacht hat. In dem ersten Fall hat gedachte Regul Platz, daß die durch Anschütt gemachte Insul jenen zufalle, die am Fluß beyderseits Güther ligen haben. Dessen werden ville Ursachen gegeben, die hauptsächlichiste aber ist dise, weil darfür gehalten wird, daß die Insul nach und nach von denen benachbarten Gründen weggenommen, und zusammen geschüttet worden seye. Aber in dem anderen Fall, wo die Insul gemacht worden durch einen Gewalt des Fluß, der meine Erden durchrissen, gleichwie nicht gesagt werden kan, daß durch die Anschüttung eine Insul entstanden, also gehört solche auch nicht denen Herrn, so anligende Güther haben, zu, sondern ist mein, nach den klaren Verstand unsers Art. der verordnet, daß der von meinem Grund durch Gewalt des Fluß weggerissene Theil, der an seinen Wasen und Wurtzel hangt, mein seye?

Die andere Frag ist, wie die Abtheilung der Insul unter denen Benachbarten zu machen seye? Hierauf antwortet Kayser Justinianus in dict. §. Insula 22. Inst. de acquir. rer. dom. und der Text in L. adeò 7. §. 3. ff. eod. die Abtheilung seye zu machen nach Breitte jeden Grunds welche Breitte bey dem Uffer ist, welches D. Manz ad dict. §. n. 24. also auslegt, daß eine Schnur mitten durch den Fluß und Insul von einem Acker zum anderen, oder villmehr vom End jeden am Gstatt ligenden Guths gezogen, hernach zusammen genommen, und mit einem Knopff gemerckt werden müsse, wornach biß zum Knopff die Insul einem zugehört, der andere Theil aber dem anderen. Wann also die Insul völlig in der Mitten ist, so gehört eine Helffte einem, und die andere dem anderen zu, wann aber die Insul mehrers auf einem Theil zuhanget, als auf die andere so bekommt jener Theil, dem die Insul näher ist, von der Insul einen grösseren Theil, als der andere, so weiter entlegen ist. Und dahero, weil offt eine Insul sich in Fluß so lang erstreckt, daß sie an ville anligende Güther stoßt, so muß sie auch nach Breitte jeden Ackers unter die Benachbarte vertheilt werden. Lese doch den Bapt. Agm. lib. 3. cap. 7. & 8. wo er sehr ville Abtheilungs Figuren vorstellet, und schier in allen des Bartholi Meynungen widerlegt, welches Geschäfft weiters zu durchsuchen denen Rechnungs-Verständigen und Feld-Messern um so lieber überlassen, weilen dise Verordnung heut zu Tag unnutzlich zu seyn anscheint, weilen die gemeine Meynung ist, daß nach heutiger Gewohnheit des Teutschlands die in denen Flüssen entstehende Insuln jure regalium dem Lands-Fürsten zugehören. Wir setzen also 7.

Die dritte Frag, was diß Falls in unserm Vatterland Rechtens seye? Vor allem vermeynen wir mit Gryphiand. de Insul. cap. 11. gewiß zu seyn, daß durch eine Gewohnheit könne eingeführt, daß die in denen Flüssen durch die Anschütt entstandne Insuln dem Lands-Fürsten oder des Orts höchsten Obrigkeit zufallen. Aus Ursach, weilen kein Gesatz ist, daß nicht durch ein rechtmässige widrige Gewohnheit kan aufgehoben werden, und dahero bestättigen Molina disput. 57. n. 4. und Alvar. Valasc. de jure emphyt. part. 1. quæst. 16. n. 6. Daß alle Insuln im Königreich Lusitanien aus uralter Gewohnheit dem König zugehören, und man bey solcher rechtmässigen und erlaubten Gewohnheit verbleiben müsse, was immer Pet. Heig. lib. 2. quæst. ult. n. 76. und 8.

Albert.

Albert. brun. consl. 169. circa fin. lib. 2. zum Widerspihl beybringen, und vermeynen, daß dise Meynung im Gewissen nicht gar sicher seye. Eben dises thun die bewerthiste Rechts-Gelehrte von der Gewohnheit im Teutschland bezeugen, als Peregrinus de jure Fisci lib. 8. n. 61. Sixtin. de Regal. lib. 2. cap. 3. n. 29. Næmayrer vom Wasser-Recht, part. 1. n. 8. also daß in Kayserlichen Cammer-Gericht zu Speyr in causa Ludwigs von Laubeck contra den von Rockenburg, und in causa Balthasers von Flodorff contra Haubrechten von Göege mit einhelliger Stimm für disen Sentenz gesprochen worden. Idem Sixtin. loc. cit. n. 23. Rutger Rulland. de commiss. part. 4. lib. 2. cap. 15. n. 2. Tileman. Syntag. 2. decad. 2. vot. 7. n. 28. & seq. Schneidew. in §. quod si n. 2. Inst. de rer. divis. Gryphiand. de Insul. cap. 11. n. 12. Wo auch er von Franckreich und anderen Orten ein gantzes Register von Præjudicien beybringt. Und obwohlen etliche diß allein zulassen, daß die in denen Flüssen entstehende Insuln dem Lands-Fürsten oder des Orts höchsten Obrigkeit nur der Jurisdiction nach, nicht aber mit dem Eigenthum zufallen, so thut doch das Cammer-Gericht wegen Gewohnheit des Teutschlands dergleichen Insuln Eigenthum denen Lands-Fürsten, und höchsten Obrigkeiten der Orten zueignen, daß ihnen solches Eigenthum jure regalium zustehe behaupten, welches Gryphiander zweyerley Ursachen zuschreibt, erstlich weilen dem Lehen-Recht nach cap. unic. quæ sunt regalia. in usu. feud. alle offentliche Flüß, Wasser-Zoll, See-Hafen, und Gestatt Regalien, und dem Lands-Fürsten eigen seynd. Cæpoll. lib. 2. de servit. tit. de flum. publ. Wann aber der Fluß selbsten unter denen Regalien und Eigenthum des Fürsten ist, also auch das Wasser-Bött oder der Rinn-Saal, der ein Theil des Fluß ist, weil das Wasser die Natur seines Rinn-Saals, oder vilmehr der Rinn-Saal die Natur des Wassers hat. Wann also der Wasser Bauch auch unter die Regalien und Eigenthum des Fürsten gehört, also auch die darinn entstandene Insul.

9. Welches Gryphiander loc. cit. cap. 11. n. 46. in so weit erstreckt, daß er sagt, daß auch die Gestatt unter die Regalien und Eigenthum des Fürsten gehören, aus Ursach, weilen der Fluß in drey Stucken bestehet, nemlich im Wasser, im Rinn-Saal, und denen Gestatten, wann also der gantze Fluß unter die Regalien gehört, so müssen auch dessen Theil das Wasser, der Rinn-Saall, und die Gestatt unter die Regalien gehörig seyn. Aus welchem Gryphiand. weiters den Schluß macht, daß auch der Zuwachs der Gestatten, so durch die Anschüttungen geschieht, nicht denen anligenden Güthern, sondern denen Herrn über die Gestatt das ist denen Fürsten und höchsten Obrigkeiten zufalle.

Die andere Ursach ist, warum das 10. Eigenthum der Insuln Gryphiand. denen Fürsten und höchsten Obrigkeiten zuschanzet, nemlich die leer stehende Güther: dann daß die Bona vagantia jure regalium denen höchsten Fürsten, oder deren Fisco zugehören ist ein klarer Text in bemeldten cap. unic. quæ sunt regalia. in usu feudorum. welches Recht zu jetzigen Zeiten auf alle andere Güther, so keinen Besitzer haben, erstreckt wird, also daß all solche Güther, welche keinem zugehörig, unter die Regalien des Fürsten gezehlt werden. Idem Gryphiand. loc cit. n. 50. & seq. Aber fürwahr, weilen die Lehen-Gewohnheiten, auch von der Zeit, wo sie zusammen geschrieben worden, weit älter seynd, als unsere neue und ältere Bayrische Land-Recht, dise aber handgreifflich mit sich bringen, daß das Anschüttungs-Recht, dessen die Insuln eine Gattung seynd, sowol in disem gegenwärtigen Art. als in lib. 4. tit. 10. art. 1. der alten Policey-Ordnung de Anno 1588. denen Privat-Leuthen ausdrucklich vorbehalten worden, so könnnen wir so glatthin nicht sagen, daß in unsern Vatterland die Insuln und andere Alluvions-Nutzen allein denen Fürsten zufallen. Wir müssen also dise Sach ohnmaßvorschreiblich mittelst einiger Unterscheidung genauer durchsuchen.

Ist also die vierte Frag, ob nicht diß 11. Falls unter denen Insuln, und anderen Anschüttungen ein Unterschied zu machen seye? Und wir antworten, obwohlen in cap. unic. quæ sunt regalia. in usu feud. weder von denen Insuln, noch von anderen Anschüttungen eine Meldung geschieht, und folglich diensam gesagt werden kan, daß unter dem Nahmen der Schiffreichen Flüssen weder die Insuln, noch andere Zuschüttungen, welche sonsten gleichen Rechts gehalten werden, mit denen Insuln enthalten werden, sondern villmehr der Verordnung des gemeinen Rechts überlassen worden, so können wir doch selbsten nicht widersprechen, daß in unsern Vatterland die Insuln die Wörder in denen Flüssen dem Lands-Fürsten zugehören, dann wir haben in unser Lehen-Stuben sehr vill Exempel von solchen Insuln, welche anderen adelichen, und unadelichen Persohnen zu Lehen verliehen worden, absonderlich, wann sie fruchtbar seynd, und darauf eine Weyd, Wiß-Wachs, oder Wälder, und Bäum zu finden, und wachsen, ja auch, wann der Fluß im Rin-Saal einen blossen unfruchtbaren

ren Boden zusammen geworffen hat in Gestalt einer Insul, wird der Nutzen vom Stein-Klauben dem Lands-Fürsten zugeschrieben, und anderen zu Lehen gegeben: welches villeicht die Ursach ist, daß von denen Wasser-Insuln in unsern neuen Land-Rechten, obwohlen von denen Herrn Räthen eine Erinnerung geschehen, nichts eingeführt worden. Weilen aber gegenwärtiger Art. ausdrucklich verordnet, daß der Anschüttungs-Nutzen jenen zufalle, die anstossende Güther haben, deßwegen thun wir unsers Erachtens ganz recht den Schluß machen, daß des Gryphiandri Meynung, welche auch allen Anschüttungs-Nutzen denen Fürsten zueignet, in unsern Vatterland nicht recipirt seye.

12. Eine gleiche Antwort ist auf die fünffte Frag, ob die Insuln, so in allen Flüssen entstehen, unter die Regalien gezehlt werden? Dann es ist gewiß, daß hier ein dreyfacher Unterschied zu machen seye. Der erste ist, wann die Insul entstehet in einem Privat Fluß, oder Wasser: dann, wann in solchem Wasser, wie in kleinen Bächlen zu geschehen pflegt, durch die Wasser-Wirbel eine Insul gemacht wird, gehört solche ohne allen Zweiffel dem vorigen Herrn des Bachs zu, weil in dem Gewalt des Fürsten nicht ist, denen Privat-Leuthen das Eigenthum ihrer Sachen ohne die gröste Injuri wegzunemmen. L. id quod ff. de R. I. L. 9. Cod. de op. publ. L. 10. Cod. de SS. Eccles. Mynsing. lib. 5. obser. 97. Covar. lib. 3. var. resol. resolut. 6. Menoch. lib. 2. arbit. Jud. quæst. 48. n. 17. und andere mehr. Der andere Unterschied ist, wann ein Insul in einem offentlich Schiffreichen Fluß entstehet, dann daß solche dem Lands-Fürsten jure regalium zugehöre, ist kein Zweiffel, aus Ursach, weilen offentlich Schiffreiche Flüß unter die Regalien ausdrucklich gezehlt werden. Wann nun die Flüß selbsten dem Fürsten zugehören, so ist der Schluß richtig, daß demselben auch die Insuln zugehören, dann die Insuln entstehen aus der Bach-Mutter. Gleichwie aber die Bach-Mutter ein Theil des Fluß ist, also auch die Insul.

13. Aus welchem folgt, daß, wann der Gewalt eines Schiffreichen Fluß meinen anstossenden Grund auf einer Seiten durchgebrochen, und solchen zu einer Insul gemacht hat, nichts destoweniger der Acker mein bleibe, aus Ursach, weilen diß keine wahrhaffte Insul, noch eine wahrhaffte Zuschüttung ist, welche nach und nach ohngemerckter und nicht mit Gewalt geschehen muß, daß annoch die Gestalt meines gesehen, und erkennt werden kan. Diß bestättigt unser Art. der in genere von allem fliessenden Wasser redet, welches einen Theil meines Grunds zugleich mit dem Wasen und Wurtzel absöndert, und also von einem Privat-Wasser allein nicht kan verstanden werden. Weilen kurtz zuvor besagter massen so wenig dem Fürsten als einem Privaten erlaubt ist, dem anderen sein Sach wegzunehmen.

Man wird sagen, es seye bey denen Rechts-Gelehrten eine gewisse Sach, daß, wann ein Schiffreicher Fluß seinen Rinn-Saal ändert, und mitten durch meinen Acker aus Gewalt des Wassers einen anderen Rinn-Saal macht, daß diser neue Rinn-Sal anfange dem Fürsten jure regalium eigen zu werden, aus Ursach, weilen der Fluß selbsten als ein Regale dem Fürsten zugehört, also auch dessen Rinn-Saal, weil der Fluß ohne Rinn-Saal nicht seyn kan. Wie weitläuffig ausführt Sixtin de Regal. lib. 2. cap. 3. wo er n. 24. sagt, daß der Rinn-Saal, den ihm der Fluß gemacht hat, wann solcher schon zuvor einem Privaten zugehört hat, nachgehends public wird, weil ohnmöglich ist, daß der Rinn-Saal eines offentlichen Fluß nicht auch offentlich seye, und diß nicht allein mit der Jurisdiction, sonder auch mit dem Eigenthum. Es scheint also es seye zu sagen, daß auch eine durch Umgebung des Wassers gemachte Insul jure regalium mir das Eigenthum wegnemme, und dem Fürsten zulege. Diß aber ist fürwahr wider den ausdrucklichen Text in L. 1. Cod. de alluvion. wo Gordian. sagt, und da der Fluß nach verlaßnen vorigen Rinn-Saall ihme einen anderen macht, so gehört der Acker, so umgeben wird, dem vorigen Herrn zu, welches aller Vernunfft und Billigkeit gemäß ist, dann, daß der neue Rinn-Saal mir entgehet, ist die Ursach, weil er nothwendig ein Theil des Fluß ist, aber die Insul ist kein Theil des Fluß, es kan auch ein solche Insul nicht genennt werden, daß sie jure alluvionis erworben worden, weil sie nicht nach und nach angeschüttet worden, es also auch nicht genennt werden, daß solche der Lands-Fürst jure regalium erworben habe.

Ein anderes aber ist für den dritten Unterschied zu sagen, wann wir zwar von einem offentlichen, aber nicht Schiffreichen Fluß reden. Dann gleichwie solcher Fluß unter denen Regalien nicht ist, also auch gehört die in solchen Fluß entstandene Insul dem Fürsten nicht zu, sonder gehört nach der Regul des gemeinen Rechts jenen zu, welche anstossende Güther haben: welches das unsern Land-Recht conform seye, ich also handgreifflich beweise, unser Art. laßt das Alluvions-Recht denen Besitzern der anstossenden Güthern in fliessenden Wässeren zu. 14.

Aber

Aber in Schiffreichen Wässeren, wie wir erst erwiesen haben, und in Privat-Wässern, wie wir öffters schon erinnert haben, hat das Alluvions-Recht nicht Platz, also muß es Platz haben in nicht Schiffreichen, doch publiquen Wässern, so nicht privaten zugehörig seynd.

Man wird entgegen setzen, daß wir allein von denen Insulen, und nicht von Anschüttungen reden, von welchen der Art. allein zu verstehen ist. Wir aber antworten, daß die Insulen eine Gattung der Anschüttung seyen, und also, was bey denen Anschüttungen Platz hat, das muß auch bey denen Insulen Platz finden. Wann man weiters widersetzt, daß die Insulen von grösserer Consideration seyen, als die Anschüttungen, so sagen wir, daß diß eben so leicht es gesagt wird, widersprochen werden könne, wir haben ein Exempel in unsern eignen Dorff P. wo der Fluß R. auf einer Seiten von Aeckern und der Weyd einen Platz von wenigist 100. Jauchert weggenommen, und auf der andern Seiten wieder zugelegt hat, wo doch im Rinn-Saal selten eine Insul eine Jauchert ausmacht. Hernach thut die grösser Consideration der Insul dem Fürsten solche zu behaupten keinen Gewalt zueignen, wohl aber die Regalien; Es ist aber aus denen klaren Worten des cap. unic. quæ sint regalia in usu feud. handgreifflich, daß dem Fürsten in solchen Flüssen kein Regale zustehe, also stehet ihme auch das Recht die Insulen zu behaupten nicht zu, welches ein Accessorium des Fluß ist, wie wir zuvor aus dem Gryphandro demonstrirt haben.

15. Wann man sechstens weiters fragt, ob das Alluvions-Recht in allen nicht Schiffreichen Flüssen auch heut zu Tag noch denen Privat-Leuthen zustehe, welche bey dergleichen Flüssen Güther innhaben? Wir antworten, daß in dem Text cap. unic. quæ sint regal. in usu feud. beygesetzt werde, welche Schiffreich seynd, und NB. aus welchen sie Schiffreich werden. Dann es geschieht gar offt, daß ein Fluß, der von seinem Ursprung ein langen Weeg macht, und doch nicht Schiffreich ist, aber erst durch Einfluß anderer Flüssen Schiffreich werde. Ein solcher Fluß nun, der durch seinen Einfluß den anderen Schiffreich macht, gehört nicht minder unter die Fürstliche Regalien, als der Schiffreiche Fluß selbsten, welches doch nicht also zu verstehen ist, daß alle Flüß, die in den Schiffreichen Fluß einfliessen, eben darum auch unter die Fürstl. Regalien gezehlt werden, weil ein anderes ist, in den schon Schiffreichen Fluß einfliessen, und ein anderes, einen noch nicht Schiffreichen Fluß durch den Einfluß Schiffreich machen, wie gar recht anmerckt Sixtin. de Regal. lib. 2. cap. 3. n. 14. & 18. weilen, gleichwie jene Flüß, so nicht Schiffreich seynd, und in das Meer sich ausgiessen, welches an sich selbst Schiffreich ist, unter die Regalien nicht gehören, also auch gehören unter die Regalien nicht die Flüß, die sich in andere vorhin Schiffreiche Flüß ergiessen. Dahero daß in all disen Flüssen, welche zwar offene Flüß seynd, das Insul-Recht unter denen Regalien, und das Alluvions-Recht heut zu Tag noch zum Nutzen der Privat-Leuthen Platz habe, wir nicht zweifflen.

Es wird aber nicht allein ein Schiffreicher Fluß genennt, in welchem auf und ab in denen beladenen Schiffen allerhand Waaren geführt werden, sonder jener Fluß, so zwar kein Schiff, sonder Flöß tragt, durch welche eben jenes, was die Schiff thun, verrichtet wird; solche Flüß nun, so Flöß tragen, daß sie unter die Regalien gehören, lehret die tägliche Erfahrung, in beyden Flüssen unsers Vatterlands Iser und Lech eignet sich der Lands-Fürst die Frucht-bringende und unfruchtbare Insulen nicht minder zu, als die Insulen in der Donau: und unsers Erachtens gantz recht, dann es dienen dem gemeinen Weesen die Flöß, wie die Schiff, in Ansehung dessen die Regalien denen Fürsten zugelassen seynd, weil wir sehen, daß man mit Flössen offt glücklicher als mit Schiffen fahre; Und dahero nennet Budæus und Probus die Flöß ein grob zusammen gemachtes Schiff, oder zusammen geknüpffte Bäum, welche die Stell eines Schiffs vertretten, und Paul. J. C. in L. qui ratiario. 30. ff. de pignor. act. einen solchen einen Flosser, und einen Schiffmann einen Schiffer nennet. 16.

Man wird einwenden, daß man mit denen Flössen nicht auf und abwerts fahren könne, und also ein Floßreicher Fluß kein Schiffreicher Fluß könne genennt werden. Es wird aber geantwortet, es gebe auch felsige Flüß, welche hinaufwerts nicht können geschifft werden, und seynd nichts destoweniger Schiffreich, dann niergends wird zu deme, daß ein Fluß Schiffreich genennt werde, erfordert, daß der Fluß auf und abwärts könne geschifft werden.

Die 7. Frag ist, was zu sagen seye, wann in einem nicht Schiffreichen Fluß ein Insul-mässige, oder andere Anschitt sich ergiebt, wo niemand privater anstossende Güther hat, sonder, gleichwie der Fluß selbsten, also auch die anstossende Erden Juris publici und gemein ist? Und wir antworten, daß auch solchen Rechtens sein wird die Insul oder andere Anschitt, wie die anliegende Erden ist; wie wir gesehen haben, daß also in unsern Vatterland observirt werde, dann es mag die Weyd ein 17.

oder der anderen Gemeind bey dem offnen aber nicht Schiffreichen Fluß vermehrt, oder gemindert werden, disen Schaden oder Gewinn muß dise oder jene Gemeind leiden. Obwohlen Gryphiander nicht allein das Wasser unschiffreicher Flüß, sonder auch den Rinn-Saal, und das Gestatt, und nach seinen Principien nothfolglich alle Insulen, und Anschittungen dem Fürsten zueignet, aus der Ursach, weilen all jenes, was in seinem Eigenthum ist, erachtet wird in des Fürsten Eigenthum zu seyn, wann nicht erwiesen wird, daß solches einem Privaten zugehöre. Welch alles fürwahr weder mit unsern Land-Rechten, noch mit unsern Gewohnheiten einstimt, wann du nicht einen weitern Unterschied zulassest, und sagest, daß zwar ein offentlicher aber unschiffreicher Fluß, was das Eigenthum des Wassers, des Rinn-Saals, und des Gestatts betrifft dem Lands Fürsten zugehöre, was aber den Gebrauch und Nutzen betreffe, solcher gemein seye, welches doch selbsten schwer kan behaubtet werden, dann, obwohlen eines solchen Fluß-Wasser offentlich und allgemein kan genennt werden, daß die anstossende Güther, welche bishero einer Gemeind allein zugehört haben, auch anderen wegen des Anschitt gemein können gemacht werden, ja es kan kaum behaubtet werden, daß das Eigenthum dem Fürsten zufalle. Aus Ursach, weilen wir kurtz zuvor bey dem 6. Art. dises Tit. erwiesen haben, daß dergleichen gemeinschäfftliche Güther eigenthum so wohl des Orts Bauern, als ihren Grund-Herrn zugehören, gehörn ihnen also mit eben solchen Recht die Insulen und Anschittungen zu, und bleibt dem Lands Fürsten nichts als das Eigenthum des Wassers, Rinn-Saals, und des Gestatts, und villeicht auch der Rinn-Saal nicht, weil auch diser dem gemeinen Recht nach unter die Herrn der anstossenden Güther muß abgetheilt werden; es seind zwey solche sehr bekannte Flüß in unsern Vatterland, an welche meine Güther stossen, die Amber, und Rott, jeder ist zwar Juris publici, aber nicht Schiffreich. Bey jedem ist die bekante Gewohnheit, daß die Anschitt jenen zufalle, die gemainsame Güther daran stossend haben, ich hab auch niemahlen gesehen, noch gehört, daß der Lands-Fürst das Eigenthum solcher Anschittung sich zugeeignet habe; er kan auch solches mit keinem Grund thun, nit aus Ursach, weil der Fluß Juris publici ist, weilen, da solcher nicht Schiffreich ist, er auch nicht unter die Regalien gehört, auch nicht aus Ursach, daß solche Güther vacant seyen, weilen die anstossende Gemeinds-Güther besagter massen ihre Herrn haben, also, weilen das Alluvions-Recht Krafft des ausdrucklichen Verstands unsers Art. in unsern Vatterland, was die Flüß betrifft, die nicht Schiffreich seynd, approbirt und im Brauch ist, so folglich handgreifflich, daß der Alluvions-Nutzen jenen Gründen, und deren Herrn, und nicht dem Lands Fürsten zufallen:

Wann jedoch man einen solchen Casum setzen will, daß ein nicht Schiffreicher Fluß eine wüste Durchlauffe, so gar niemand insgmein oder particular zugehört, so werden wir nicht widersprechen, daß so wohl solche wüste, als auch der Wasser Anschitt und Insulen dem Fürsten zufallen. welcher Casus aber sich nicht ergibt, weil in unsern gantzen Vatterland man kein Schuh breitten Platz finden wird, der ohne Herrn ist, wo aber ein anderer Herr ist, da hat der Lands Fürst kein Recht zum Eigenthum. 18.

8. Wird gefragt, ob ein jeder, der am Fluß anstossende Güther hat, dergleichen Schaden und Wegreissen leiden müsse? Und wir antworten, daß ein jeder sich wider des Fluß Gewalt wehren und defendiren, und seinen Grund wider des Fluß Anfall bewahren könne dict. L. 1. Cod. de Alluvion. Wo Gordian. sagt, obwohlen nicht erlaubt ist des Fluß natürlichen Lauff durch einen Bau anderstwohin abzuleithen, so ist doch nicht verbotten, wider den Fluß-Gewalt sein Gestatt zu befestigen. Eben dises ist enthalten in L. unic. §. 6. seqq. ff. ne quid in flum. publ. und in L. 1. ff. de rip. muniend. wann nur diß geschieht ohne grossen Schaden und Injuri der Mit-anstossenden, wie enthalten ist in §. 7. ff. ne quid in flum. publ. worüber die Obrigkeit zu sprechen hat, welches hauptsächlich bey Schiffreichen Flüssen Platz hat, von welchen ein gantzer Titul, und ein besonders Edictum verhanden ist. Ne quid in flum. publ. ripave ejus fiat, quo pejus navigetur. tot. tit. ff. de flum. Die Ursach ist, weilen die Publica allzeit denen Privatis vorgehen. 19.

9. Wird gefragt, weilen in L. 1. §. si Insula 6. ff. de flum. & L. in agris. ib. ff. de acquir. rer. dom. in denen bemarckten oder eingefangen Aeckern weder das Insul noch das Alluvions oder Colluvions-Recht Platz hat, wie das Wort bemarckt oder eingefangene Aecker zu verstehen seye, ob nemlich all jene Güther, die mit gewissen Marckungen eingeschlossen seynd, vom Alluvions-Recht ausgeschlossen werden? Und die allgemeine Auslegung der Rechts-Gelehrten ist, daß unter dem Nahmen und Wort eingeschlossner oder bemarckter Aecker nicht verstanden werden jene Aecker, welche in sich eine gewisse Maaß der Erden in sich en- 20.

enthalten, und welche mit gewissen steinernen, hiltzenen, oder natürlichen Zeichen, nemlich mit Gräben, Bäumen, und dergleichen unterschieden, und abgetheilt seynd, weilen schier alle Bauern dergleichen Marckungen haben, und also sich selten ein Alluvions-Casus zutragete. Sonder bemeltes Wort ist von jenen bemarckten Aeckern zuverstehen, welche in Krieg erobert, theils denen Soldaten, theils denen Burgern, theils aber dem gemeinen Weesen zugeaignet wurden, dann dise Aecker hatten den Nutzen des Alluvions-Recht nicht. Vid. Gryphiand. cap. 27. n. 58. Gatsias in tract. de expens. cap. 22. n. 43. Cujac. lib. 2. Observ. 9. & Harprecht. §. 20. n. 7. ff. de acquir. rer. dom. Wo er eine Ursach gibt, welche weiters zu untersuchen nichts nutzet, weilen dergleichen Abtheilungen der Aecker nicht mehr im Schwung gehen.

21. Eine nutzlichere und öffters vorkommende 10. Frag ist, was zu sagen seye von der Jurisdiction, ob solche durch die Anschittnng könne gemindert oder gemehrt werden? Dann wir sehen überall, daß der Adelichen Hoff-Marchen mit gewissen natürlichen und mit der Hand gemachten Marckungen (worunter auch offt Flüß seynd) unterschieden seyen. Und dahero ist die Frag wann solche Marckungen durch die Alluvion geändert werden, ob auch die Jurisdiction entweders eingeschränckt oder erweitert? In diser Materi reden die Rechts-Gelehrte unterschiedlich, und bringen so zerschidene Unterschied an Tag, daß solche kaum können verstanden werden. Wir werden solches nach Gewohnheit unsers Vatterlands mehr freindlich als subtill auslegen; und zwar erstlich ist von denen in Meer oder Schiffreichen Flüssen durch die Alluvion entstandenen Insulen unser Red nicht, dann weilen solche unter die Regalien gehören, und gleichsam ein Theil des Meers und des Fluß seynd, so gehören sie dem höchsten Herrn zu, welcher in dem Meer oder Schiffreichen Fluß die Superiorität oder Eigenthum aldort hat; von denen Insulen, und Flüssen, oder welche einen anderen Fluß nicht Schiffreich machen, aber

Sagen wir 2. es seye ein Unterschied zu machen, ob die Jurisdiction, welche in Aeckern und anstossenden Güthern zustehet, mit gewissen Marckungen bezeichnet seyen oder nicht? In dem ersten Fall werden die Jurisdictions-Gräntzen durch die Alluvion nicht verändert, und leiden weder eine Abkürtzung, noch eine Vermehrung. Aus Ursach, weilen das Eigenthum mit der Jurisdiction nichts gemeinsames hat; es kan also jenes, was dem gemeinen Recht nach von Vermehrung, oder Verminderung, so aus der Alluvion oder Aufwerffung einer Insul entstehet, verordnet worden, auf Verordnung der Jurisdictions-Marckung nicht extendirt werden. Setze nun, daß zwey Hoff-Marchen am Fluß Amber, oder Rott gelegen seyn, ein jen, und die andere diß Seits des Fluß, dise aber durch eine in Mitten des Fluß stehende steinerne Saul unterschieden seyen, an welcher beyden Hoff-Marchs Herrn Wappen eingestochen seynd. Wann nun mit der Zeit der Lauff des Wassers den Fluß von einer Hoff-March völlig weggenommen, und die Saul trucken gestelt hat, so ist doch von der Jurisdiction nichts verändert worden, sonder es bleibt die Saul als ein Marck-Stein beyderseithiger Hoff-Marchs Jurisdiction, ohnerachtet, daß einem Theil durch die Alluvion der gantze Fluß zugegangen, und dem anderen weggekommen. Dann in disem Casu kan gesagt werden, daß in jenem, wie bey denen bemarckten Aeckern, das Alluvions-Recht, so vil die Jurisdiction betrifft, nicht Platz habe: Barthol. in tract. de flum. part 1. vers aquiritur nobis. Cæpoll. de servit. rust. prædior. cap. 32. Cassan. in consult. Burgund. rubr. 13 §. 2. Gloss. 1. n. 8. Franc. Marc. part. 2. quæst. III. n. 23. & 32. item 355. Vivius in Thesaur. commun. opin. vers. alluvio. Ein anderes ist, wann die Hoff-Marchen ihre gewisse Marckungen nicht haben, wie in unsern Vatterland der grössere Theil der Hoff-Marchen ohne Marckungen gefunden wird, wovon handlet unser Art 1. part. 2. der erklerten Lands-Freyheit, wo eben dise Frag gestelt wird, in wie weit sich der Hoff-Marchs-District- und Umschweiff erstrecke in dem Fall, da keine Marck-Stein zu finden seynd? Und der Art. antwortet, daß eine solche Hoff-March, nichtallein bestehen müsse inner Dorffs Ettern (wie die Clausuren, welche die Wohnungen der Bauern von denen Aeckern und Wiesen unterschieden genennt werden) sonder auch ausser Etteren, auf allen Felderen, Aeckern und Wiesen, Weyden, Wälderen, Gärten, Gestauderen, und anderen sowohl gebaut, als ungebauten Gründen, Bächen und jeden anderen Wässeren, so zur Hoff-March gehören, mit einem Wort, auch Gebrauch und Gewohnheit unsers Vatterlands thut sich die Hoff-Marchs Jurisdiction, so keine Marckungen hat, nicht allein über die Bauern selbsten und Hoff-Marchs Unterthanen, sondern auch über all deren eigenthumliche und Gmeinds-Güther erstrecken. Wann nun die Frag ist, wann durch die Alluvion disen Hoff-Marchs privat oder Gemeinds-Güthern etwas weggenommen, oder zugelegt wird, ob solcher Abgang, oder Zulag einer Hoff-March, oder der anderen

deren abgenommen, oder zugelegt werde? Wir antworten mit ja, die Ursach ist klar, weilen erst besagter massen die Hoff-Marchs Jurisdiction sich auf der Bauern und Unterthanen privat und Gemeinds-Güther erstreckt, aber in allen der Unterthanen Güthern stehet dem Hoff-Marchs Herrn von Rechtswegen die Jurisdiction zu, gleichwie nun denen Hoff-Marchs Unterthanen durch die Alluvion das Eigenthum zugehet, also auch fallet dem Hoff-Marchs Herr die Jurisdiction zu, welches absonderlich wahr ist, wann der Hoff-Marchs und Jurisdictions-Herr, zugleich auch Grund-Herr ist, also daß er bey denen Anschittungen das Dominium directum erhaltet, und die Unterthanen Krafft des 6. Art. auch in Gemeinds-Güthern allein das Dominium utile erwerben, dann in disem Casu thun wir den Wachsthum oder Abnahm der Jurisdiction nicht allein der Hoff-Marchs, sondern auch einer privilegirten Jurisdiction zueignen. Zum Exempel, wann ein Edelmanns-Freyheit fähige Person, einen particular, und separirten Unterthanen hat, der an einem nicht Schiffreichen Fluß anstosset, ein solcher hat nicht allein von allen Anschittungs-Nutzen das Dominium directum, sondern er erwirbt auch die Jurisdiction. Die Ursach ist klar, weilen die Edelmanns-Freyheit fähige Personen wegen ihres Dominii directi, so sie in ihren Erb- oder Leib-Rechten, auch veranlaiten Frey-Stifft-Güthern und dergleichen haben, auch die Jurisdiction erwerben. Nun haben sie in solchen Güthern, welche durch die Alluvion erworben worden, das Dominium, also haben sie auch die Jurisdiction in solchen. Dise Materi ist sonsten sehr subtil, und kommt bey denen Lands-Fürsten sehr offt vor, weßwegen zu Zeiten mit Waffen mehr, als mit Rechten gestritten wird, also daß sehr vile der fürnehmsten Rechts-Gelehrten Consilien hierüber verhanden, welche der geneigte Leser sehen kan bey Bapt. Aym. de alluv. lib. 2. cap. 5. und bey Gryphland. de Insul. cap. 14. per tot. Uns ist genug von Hoff-Marchs Stritt-Sachen geredt zuhaben, welche aus denen Principien unserer Land-Rechten leichter können ausgemacht werden; wir widerhollen doch hier widerum, daß auch die Jurisdiction nicht erweitheret werde, wann der Gewalt des Fluß einen mercklichen Theil von denen Gründen einer Hoff-March weggenommen, und nach unsern Art. mit Wasen und Wurtzen der anderen Hoff-March zugelegt, oder zu einer Insul gemacht hat. Dann gleichwie das Eigenthum nicht übergehet, also geschieht auch kein Jurisdictions-Abendung.

22. Was ist aber Rechtens, wann 11. unter dergleichen zweyen Hoff Marchen keine sichbare Marck-Stein oder Zeichen verhanden, sonder der Fluß selbsten allzeit für die Marchungen unter ihnen gehalten worden ist, ob durch Abendung des Rinn-Saals ein oder der anderen Hoff-March etwas an der Jurisdiction abgenommen, oder beygelegt werden könne? Hierauf antwortet Cæpol. de servit. Rust. cap. 4. & cap. 34. Poss. in tit. de Insulis cap. 14. n. 113. daß, wann das Wasser mit grossen Gewalt den Rinn-Saal änderet, und von einem Ort in das andere einfrißt, die Jurisdictions-Marckung im alten Stand verbleibe, weil ein solcher Fluß, der einen anderen Rinn-Saal genommen, erachtet wird, ein anderen Fluß und nicht mehr der alte zu seyn, also daß die Jurisdiction dem Fluß nicht nachfolgt, sondern gleichwie das Eigenthum immer den vorigen Marckungen verbleibt, also auch nach geänderten Rinn-Saal wird die Jurisdiction nicht geändert, sonder müssen die Gräntzen beobachtet werden, so vor gewesen seynd, und aldort neue Marckungen gemacht werden, wo der Fluß die Jurisdiction abzutheilen gepflegt hat. Cæpolla macht einen Unterschied, ob der Rinn-Saal natürlicher Weiß, oder durch Gewalt geändert worden seye. Die natürliche Aenderung geschieht durch die Alluvion, wann der Fluß nach und nach unmerckbar abweicht; die gewaltsame Aenderung ist, wann wegen überschwemmung er des anderen Grund sichtbar angreifft, und nach durchbrochnen Wasen und Wurtzlen ihm Weeg macht; oben aber haben wir schon gesagt, daß die Hoff-Marchen, welche keine sichtbare beständige Marckungen haben, sich des Alluvions-Recht bedienen können, wann dem Eigenthum der Gründen, so der Jurisdiction unterworffen seynd, etwas zugehet, wie es auch Schaden leidet, wann solchen Gründen durch das Durchfressen der Wasser nach und nach etwas weggenommen wird. Aber in dem anderen Casu, wo der Fluß mit Gewalt einreißt, wird das Eigenthum der mit Gewalt weggerissne Grund-Stucken nicht geändert, so bleibt denen vorigen Besitzern, also auch die Jurisdiction.

Die 12. Frag ist, weilen wir oben gesagt haben, daß der neue Rinn-Saal des Fluß, so mit Gewalt gemacht worden, das Recht an sich nemme, dem der Fluß selbsten unterworffen ist, das ist wird Juris publici, wem der ander Rinn-Saal zugehöre, welchen der Fluß verlassen hat? Hierauf antwortet der Kayser in §. quod si naturali 23. Inst. de acquir. rer. dom. daß der Rinn-Saal jenen zugehöre, welche bey denen Gestatten Güther liegen haben, 23.

nach

nach Breitte jeden Ackers oder Wiesen, so an das Gestatt stosset. Mit disem schlagt auch ein der Text in L. adeò 7. quòd si 5. ff. de aquir. rer. dom. & in L. 1. §. 2. ff. de flum. Nach Meynung einiger jure vicinitatis & accessionis per L. adeo 7. §. 5. in f. ff. de acquir. rer. dom. und nach Meynung anderer jure derelictionis. Peregrinus lib. 8. de jure Fisci n. 22. oder jure compensationis, weil darfür gehalten wird, daß der Rinn-Saal zuvor von benachbarten Ackeren genommen worden, oder jure occupationis, weilen die anstossende erachtet werden, daß sie anderen vorkommen seyn, weil sie vermeynen, daß der verlaßne Rinn-Saal keinem eigen seye, und also der erste, so ihn anbackt, Herr seye. Einer anderen Meynung ist Gryphiand. de Insul. cap. 11. n. 45. wo er sagt, daß der Riñ-Saal jedwederen fluminis publici, er mag voll Wasser oder leer seyn, dem Fürsten zugehöre: mit disem stimmt ein Peregrinus loc. cit. n. 57. aus Ursach, weilen auch die Insul, so ein Theil des Grunds seynd jure regalium dem Fürsten zugehören. Aber fürwahr dises Argument hat nicht bey allen Flüssen Platz, sonder allein bey Schiffreichen Flüssen, oder welche einen anderen Fluß Schiffreich machen. Dañ dise gehören denen Fürsten jure regalium zu, und nicht die übrige Flüß, gleichwie nun wir schon oben erinnert haben, daß des Gryphiand. Meynungen, was die Alluvion betrifft mit unsern Land-Recht auf keine Weiß einschlagen, also sagen wir in conformität derselben, daß der von einem nicht Schiffreichen Fluß verlassene Riñ-Saal unter die Regalien gar nicht gehöre, sondern der Sentenz von denen widrigen Rechts-Gelehrten auf den Tit., quæ sunt regalia in usu feud. mit allen Gewalt gezogen werde. Dann was ist ungerechter als daß die Unkösten dergleichen Flüß in ihren Lauff zu erhalten, wie täglich geschieht, denen Unterthanen bey denen Gestatten Güther ligen haben, aufgebürdet werden, der nach der Hand veränderte Rin-Saal dem Fisco zugeeignet werden soll? Also allein die Schiffreiche Flüß, und welche andere Schiffreich machen, gehören unter die Regalien, wo der Rinn-Saal, und das Wasser jure regalium dem Fürsten eigen seynd, nicht aber die übrige Flüß, welche entweders privat, oder public seynd, oder zu allgemeinen Gebrauch dienen, seynd sie privat, so gehört der Rinn-Saal und das Wasser Privat-Leuthen zu, seynd sie Schiffreich, so gehört der Rinn-Saal und das Wasser dem Fürsten zu. Damit man nun den gantzen Titul in Cod. de alluvionibus. und so fürtreffliche Gesatz der Instit. und ff., und disen Art. selbsten nicht auf die Seiten setze, so ist zu sagen, daß in der anderen Gattung der nicht Schiffreichen Flüssen, das Alluvions-Recht, Abtheilung der Insuln, und des verlassenen Riñ-Saals noch im Brauch seyn müsse, wie wir oben genugsam erwiesen haben.

Die dritte Arth vom verlassenen Rinn-Saal haben gantz vernünfftig die zu Untersuchung der neuen Land-Recht verordnete Herrn Räth vorgestellt, welche den Durchleuchtigisten Herrn Gesatz-Geber erinnert haben, es seye durch ein besonders Statutum vorzusehen, daß der verlassene Riñ-Saal jenem oder jenen zufallen soll, durch deren Güther der Gewalt des Wassers mit Durchbrechung einen neuen Rinn-Saal gemacht hat, aus Ursach, damit der Schaden, so der Fluß verursacht hat, mit dem alten Rinn-Saal ersetzt werde, welches sehr billig wäre, weilen aber Kayser Justinianus in §. quod si 23. Inst. de acquir. rer. dom. und der Text in L. adeò 7. §. quod si 6. ff. eod. das Widerspihl verordnet hat, und der Durchleuchtigiste Gesatz-Geber auf die Erinnerung nicht reflectirt hat, so muß man beym gemeinen Recht verbleiben.

Dises doch lassen wir gern zu, daß, 24.
wann mit der Zeit der Fluß seinen neuen Rinn-Saal wieder verlaßt, und den alten wieder sucht, solcher Rinn-Saal wieder seinem alten Herrn zufalle. Die Ursach ist, weilen das Eigenthum des neuen Rinn-Saals allein von darumen dem Fluß eigen worden, weil der Fluß ohne Riñ-Saal nicht seyn kan. Daß also das Eigenthum nicht unwiederrufflich, sondern wiederrufflich verlohren worden, so lang nemlich das Wasser mit dem Riñ-Saal vereinbart ist, wann nun das Wasser den Rinn-Saal verlassen, und das Wasser den alten Riñ-Sal wieder eingenommen hat, so thut auch das Eigenthum des neu verlaßnen Rinn-Saals jure postliminii seinem vorigen Herrn wieder zufallen. per text & Gloss. in L. adeò 7. §. quod si ff. de acquir. rer. dom. vid. Cæpoll. de servit. rust præd. cap. 3. n. 4.

Unter dessen bleibt dises allzeit wahr, obwohlen der alte Rinn-Saal, was das Eigenthum betrifft dem Fürsten zugeeignet, oder denen Privat-Leuthen, welche am Gestatt Güther ligen haben, erworben werde, nichts destoweniger denen Jurisdictions-Herrn in solchem Rinnsaal nichts præjudicirt werde, daß nicht unter zwey Hoff-Marchen, deren Jurisdictions-Marckung eben diser Fluß allzeit gewesen, in dessen Mitte eine neue Marckung gemacht werden könne.

Die letzte Frag ist, was zu sagen seye 25.
von einem Vasallen, und Erb- und Leibrechten Bauern? Und es wird geantwortet, daß, was den Vasallen betrifft, sich die Feudisten sehr abmatten in Auslegung des cap. unic. vers. si quis de manso tit.

ſi de inveſt. feud. contr. fuer. in uſu feud. wovon denen Wachsthumen, welche denen Lehen zugeheren, gered wird. Hier werden wir kürtzlich etwas anführen, das übrige aber wollen wir auf unſer Enchiridion ſparen, wanns GOtt wird gefällig ſeyn. Es iſt alſo was die Lehen betrifft, ein Unterſchied zu machen, unter denen verborgenen und offenbahren Zuwachſungen. Die verborgene Incrementa nennen wir, welche denen Lehen Güteren, wie wir ſchon öffters geſagt haben, als ein Alluvion nach und nach ohnvermerckt zugehen. Dann daß diſe dem Vaſallen zukommen, bringt mit ſich der Text in L. item ſi fundi. §. huic vicinus. & §. ſi Inſula ff. de uſufruct. Daun Krafft diſes Text gehören die verborgene Incrementa dem Nutz-Nieſſer zu, alſo noch vil mehr dem Vaſallo, weil der Vaſall ein kräfftigeres und mächtigeres Recht hat, als der Nutz-Nieſſer, nemlich das Recht utilis dominii; und diß iſt auch zuverſtehen von dem Rinn-Saal, wann nemlich der Fluß auf der anderen Seiten unmerckbar abweichend nach und nach heimlich und unmerckſam den alten Rinn-Saal dem Lehen-Guth zugelegt hat. Dann diß Falls ligt nichts daran, ob einer ſimpliciter inveſtirt worden, oder ob einer ausdrucklich mit allen Zuwachſungen inveſtirt worden, ob der Lehen-Herr etwas ihme vorbehalten habe, wovon dict. verſ. Si quis in manſo handlet, oder nichts vorbehalten hat. Zumahlen gemeiniglich daß bey dem heimlichen und verborgenen Incremento der Unterſchied dict. vers. Platz habe, ſimpliciter widerſprochen wird, wann nicht villeicht in der Inveſtitur ausdrucklich verbotten worden, daß ihm der Vaſall auch von dem verborgnen Incremento nichts zueignen ſoll, oder, wann er über ein gewiſſe Maaß der Aecker inveſtirt worden. Zum Exempel 5. oder 6. Jauchert, dann ſolchen Falls, wann die Maaß oder Zahl durch die Alluvion und das verborgene Incrementum erweitert worden, wird darfür gehalten, daß ſolche Zuſchittung dem Lehen-Herrn vorbehalten worden. Dann es ſcheint, daß die Anzahl der Jauchert Taxationis Cauſa beygeſetz worden. L. cùm certus ff. de trit. & al. Legat. L. Julianus §. ſi Titius. ff. de act. empt. Und wie Baldus gantz recht redet, durch eine ſolche Anmeſſung und Taxation wird eine Richt-Schnur gemacht, nach welcher die Dienſt gemeſſen werden, dahero, was nachgehends an Dienſten nicht vermehrt wird, das ſoll auch an der Gutthat nicht vermehrt werden. Bey dem offenbahren ſeparirten Inſtrumento wird ein Unterſchied gemacht, ob ihm der Lehen-Herr zur Zeit des verliehnen Lehen etwas am Lehen vorbehalten hat, oder nichts? Hat er ihm etwas vorbehalten, wann ſolches ſein, was es wolle, ſo gehört das dem Lehen zugehende Wachsthum nicht dem Vaſallen, ſonder dem Lehen-Herr zu dict. verſ. Si quis de manſo tit. ſi de inveſt. feud. controv. fuerit in uſu feud. Diß aber iſt nicht zuverſtehen von der Vorbehaltung des Dienſts, zumahlen ſolche in jedwederer Lehens inveſtitur an ſich ſelbſten klar, gerecht, und zugelaſſen iſt, ſonder von ein anderer frembden Vorbehaltnuß. Zum Exempel, daß ihme erlaubt ſein ſolle im Lehn-Waſſer zu fiſchen, im Lehen-Garten ſpatziren zu gehen, in Lehen-Wein-Gärten Trauben und Früchten abzubrocken, in denen Wälderen Holtz zu fällen, zu jagen, und dergleichen zu thun, dann eine ſolche Vorbehaltnuß verurſacht, daß auch die offenbahre Incrementa dem Lehen-Herrn vorbehalten zu ſeyn erachtet werden: wann aber gar keine Vorbehaltnuß geſchehen iſt, ſo wollen gemeiniglich die Rechts-Gelehrte, daß alles Fluß-mäſſige Incrementum, ſo ſeparirt und offenbahr iſt, dem Vaſallo zufalle, alſo daß ſolches utili rei vindicatione, es mag ſolches der Lehen-Herr oder ein Dritter in Beſitz haben, geſucht werden kan.

Wann aber der Vaſall in dem Fall, da ihm der Lehen-Herr etwas vorbehalten hat, in Beſitz eines ſichtbahrn Incrementi iſt, ob er die darüber beſchehne Inveſtitur mit Zeugen oder eydentlich probiren könne, oder müſſe, werden wir hier nicht ausführen, ſonder wir thun unterdeſſen, bis wir ſeiner Zeit diſe Controvers weitleuffiger durchgehen werden, den Leſer am Bapt. aym. de alluv. lib. 2. cap. 9. und an andere anweiſe. In unſern Lehen-Hoff erinnere mich keines Caſus, das einsmahlen einem Vaſallen über verborgne oder offene Lehen Wachsthumer wegen einiger Vorbehaltnuß oder unter einem andere Vorwand ein Stritt gemacht worden wäre, ſonder es iſt die Meynung unſers Lehen-Hoffs ſtandhafft, daß die Alluvions-Incrementa und der Inſuln, ſie mögen verborgen oder offen ſeyn, was das Dominium directum betrifft, dem Lehen-Herrn, und was das Dominium utile belanget, dem Vaſallen zufallen, dahero, wann das Lehen apert wird, wie es immer ſeyn kan, die Lehen-Güther mit allem Incremento, ohne Entgeld, dem Lehen-Herrn zufallen. vid. idem Aym. loc. cit. §. 2. & Jul. clar. in §. feudum. quæſt. 88. vers. penult.

Was iſt aber zu ſagen von Erb- oder Leib-Rechten Güthern, und deren Beſitzeren? Es ſeynd zwar ſehr vil, welche in dergleichen Güthern eben jenes Recht behaupten, wie bey denen Lehen: aber der warhafftere Sentenz iſt, daß der vers. Si quis de manſo &c. als in der ſpecialen Lehen 26.

hen Materi auf solche Güther nicht zu ziehen seye, wie gar schön ausführet Idem Aym. loc. cit. cap. 13. sonder bey solchen fallet aller zu Wachsthum, er mag verborgen oder offenbahr seyn dem Bauern zu, und gehört ihm mit gleichen Recht zu, wie sein Guth, dem die Zulag geschehen, das ist jure utilis dominii, das Dominium directum aber verbleibt dem Herrn. Aus welchem folget, daß, wann auf einigerley Weiß das Erb- oder Leib-Recht aufgehoben wird, das Gut mit aller Zulag dem Grund-Herrn frey heim falle, wie wir auch oben von denen Lehen gesagt haben.

27. Von dem Nutz-Niesser, der die heimliche Zulagen genießt, ist schon oben gesprochen worden. Wegen eines Beständners aber ist Krafft öffters widerholten Principien ein Unterschied zu machen, ob der Bestand auf drey Jahr oder länger gedungen worden? In dem ersten Fall ist das verborgne Incrementum, so dem Bestand Gut zugehet, eben jener Action unterworffen, wie das Bestand Guth selbsten, weilen es mit selbem unmerckbar vereinbart wird. Aber in dem anderen Fall verwandlet sich der Bestand in einen Emphyteusin, und also fallt nicht allein das heimliche, sonder auch offentlich Incrementum so lang ohne Vermehrung des jährlichen Zinnß zu, so lang der Contract dauret. vid. Idem Aym. loc. cit. cap. 14. was von einem Pfand zusagen seye, ist zu lesen in L. si convenerit. §. si unda. ff. de pign. wir wollen uns bey diser Materi nicht länger aufhalten, weilen wider Verhoffen sonsten solche länger und villeicht unnutzlich erwachsen ist.

Der neunte Articul.

Es mag in einem jeden Dorff, ein Hoff, zweyen Hintersässen, und ein Hueb einen Hintersässen, und nicht mehr, ohn der Nachbarn Rath, und Willen haben, doch soll ein solcher Hintersäß dem Gerichts-Herrn gefällig, und da der Gerichts-Herr seiner zu der Scharwerck, oder ausser derselben, sonsten und den Lehn zur Arbeit bedürfftig, er ihme vordeme, dessen Hintersäß er ist, zu arbeithen schuldig seyn. Doch was die Aussetzung der neuen Sölden- oder Austrag-Häussel belangt, bleibt es bey dem Verbott, wie in der Pollicey und Forst-Ordnung mit mehrerm begriffen.

Summaria.

1. Was für Unterthanen die Hintersässen, oder Innleuth seyen?
2. In wem die Hintersässen von den Innleuthen unterschieden seyen?
3. Ob die Bauern solche Innleuth ohne Vorwissen und *Consens* des Grunds und Gericht-Herrns in ihr Hauß einnehmen können?
4. Was Rechtens, wann der Grund und Gerichts-Herr einander zuwider seynd, wer mehr Recht habe?
5. Ob auch der Gemeinds-*Consens* erfordert werde?
6. Ob dise Innleuth schuldig seyen denen Gerichts-Herren vor ihren Bauern um billichen Lohn zu dienen?
7. Was für eine Bescheidenheit der Herr brauchen müsse?

1. In disem Art. wird gehandlet von einer Gattung der Unterthanen, welche genennt werden die Hintersassen, oder Innleuth, die hin und wider in den Dörfferen ihren Aufenthalt; nichts eignes aber haben, wenigist an liegenden Güthern. Sie werden gantz recht Innleuth genennt weil sie nur das Wohnungs Recht haben, wo das Hauß einem anderen zugehört. Weilen dann in der Lands- und Pollicey-Ordnung lib. 4. tit. 12. art. 8. enthalten ist, daß die Hoff-Güther oder Hueben nicht sollen zertrimmert werden, und statt deren mehrere Söld-Häussel nicht sollen aufgericht werden, wo jedem Söldner etwas weniges an Güthlen zugetheilt wird. Sonder die Bauern-Güther unzertrimmert und gantz verbleiben sollen, weil die Erfahrenheit mit sich gebracht hat, daß die Vermehrung solcher Leuthen, so keine sattsame Nahrung haben, dem gemeinen Weesen absonderlich zu Kriegs-Zeiten und Hunger sehr schädlich seye, und doch die Noth erfordert, daß man dergleichen Leuth in Dörffern, und anderen Orten zum Bau-Weesen als Tag-Löhner habe, deßwegen ist in disem schon in der Reformation de An. 1588. enthaltenen Art. verordnet worden, daß jedem Bauern, so einen gantzen Hoff besitzt, zweyen Hintersässen, denen Hüeblern aber, das ist, denen Halb-Höfflern einen Hintersässen zu haben, erlaubt

erlaubt sein solle. Wovon an seinem Ort part. 2. art. 26. & seq. und in der Pollicey-Ordnung lib. 4. tit. 12. art. 8. und in der Forst-Ordnung Art. 15. & 16. ein mehrers folgen wird. Eigentlich aber zu reden, seynd die Hintersässigen und Innleuth von einander unterschieden. Dann das Wort Hintersässen zeigt eine Jurisdictions-Unterwürffigkeit an, welche die Bauern über ihre Innleuth nicht haben, sonder solche gehört dem Dorffs- oder Hoff-Marchs-Herrn zu, wovon loc. cit. part. 2. art. 25. gehandlet, und allda gesagt wird, wie die Lands-Ständ wegen ihrer Landsassen, eigen, oder Vogts-Leuthen von denen Land-Richteren in Burgerlichen Verbrechen zum Stellen sollen ersucht werden. Und Art. 26. wie ein solcher Land-Stand seinen Hintersässen im Stritt beystehen, und, wann er mit der Stellung nicht willfahrt, wie der Land-Richter, oder Gerichts-Schreiber weiters verfahren soll. Welch alles auf die Hintersässen, welche von denen Bauern eingenommen werden, nicht kan applicirt werden. Es ist zwar wahr, daß dergleichen Hintersassen nicht allzeit mit denen Bauern in ihren Häußeren, unter einem Tach wohnen, welche eigentlich Innleuth können genennt werden, sonder ihnen zu Zeiten in einem besonderen Winckel kleine Häußlen bauen, woraus sie einen jährlichen Zinnß geben, und mit der Arbeit abdienen müssen.

2. Wir vermeynen nun 1. daß unser Art. von solch beyden Hintersässen zu verstehen seye, also daß denen Bauern frey stehe, solche in ihr Hauß aufzunemmen, oder ihnen ein anderes Ort in ihrem Hoff zu Erbauung eines Häußels auszustecken, dann wir haben gesehen, daß in unsern Vatterland beydes in Brauch seye. Und die Ursach ist, weilen unserer Bauern-Häußer meistens für mehrere keinen Platz haben. Ist ihnen also nicht zu mißgünnen, daß, wann sie solche Tagwercker nöthig haben, sie ihnen ein Häußel bauen lassen, oder ihnen selbsten eines aufbauen, und solches sodann denen Taglöhnern verstifften.

3. Es ist doch 2. nothwendig, daß solches geschehe mit des Gerichts-Herrn Vorwissen, und Consens; Aus Ursach, damit nicht in das Jurisdictions-Ort böse Leuth einschleichen, welche der Richter und Obrigkeit vilmehr hinausjagen, als einnehmen muß.

Ob aber 3. auch des Grund-Herrn Vorwissen und Willen nöthig seye, sagt unser Art. nichts, daß aber auch dessen Consens nöthig seye, bringt die Vernunfft mit sich, weil ihm nicht minder daran gelegen, als dem Gerichts-Herrn, damit nicht verdächtigen bösen verschreyten Leuthen der Unterschlaiff in seinem eignen Grund gestattet werde, an welchem ihme aus Boßheit und Fahrlässigkeit Schaden zugefügt werden könnte.

Was ist aber 4. Rechtens, wann der Grund- und Jurisdictions-Herr einander zuwider seynd, und der Grund-Herr solchen Innsassen beschützen und erhalten, der Gerichts-Herr aber austreiben will? und wir antworten, der Gerichts-Herr gehet vor, als welcher für die gantze Gemeind Sorg tragt, absonderlich wann der Grund-Herr nur den Gewinn, und der Gerichts-Herr den Schaden zuwenden suchet, wie wir mit einem Herrn Prälaten einen Stritt gehabt haben, welcher in seinem Bauern-Hoff neben dem Bauern einen Hintersassen gehabt hat, den wir in unsern Dorff als einen liederlichen Kerl nicht leiden, noch weniger ihme gestatten wollen, daß zu Schaden unserer Unterthanen die Huckler oder Krammerey treibete. 4.

Aber der Gemeinds Consens 5. wird nicht erfordert, Krafft der Wort unsers Art: ohne der Nachbaurn Rath und Willen. Welches doch also einzuschräncken ist, wann die Bauern bey Einnahm dergleichen Leuth die Anzahl nicht überschreitten; dann, weilen die Innwohner Gemeinds-Leuth seynd, und einen Gemeinds-Theil haben, zum Exempel, wie schier überall der Brauch ist, ihre Gaissen und Vieh auf die gemeinschäfftliche Weyd treiben, in gemeinschäfftlichen Waldungen das verdorrte Holtz sammlen, nacheheren, und dergleichen verrichten, so liegt ja der Gemeind daran, daß, wann die Bauern zu vil Insässen aufnemmen, sie solches verhinderen können, weilen bey überhäufften Vieh dem anderen die Weyd geschwächet wird, zugeschweigen, daß die Uberzahl der Innsassen, wann sie mehristen Theils des Jahrs kein Arbeit und Lohn haben, denen übrigen Gemeinds-Leuthen mit Bettlen sehr überlästig seyen, weilen alle Gemeinden erst neuerlich durch Befehl verbunden worden, die Arme, oder welche sonsten dem ihrigen nicht mehr vorstehen können, von der Gemeind zu unterhalten. 5.

Obwohlen aber 6. dises Erlaubnuß-Innsässen aufzunemmen denen Bauern von darumen ertheilet worden, damit sie Taglöhner haben, deren sie sich zur Zeit des Schnitts, bey der Einhäuung, beym Treschen, und zur anderen Arbeit, welche bey der ErND keinen Verschub leidet, bedienen können, so muß doch der Bauer, wann der Gerichts-Herr solchen Innsassen zu scharwercken, oder ausser denen um den Lohn zur Arbeit haben will, weichen, der solchen als einen Innsassen aufgenommen hat. Aus Ursach, weil der Herr allzeit vorgehet. 6.

Aus

Aus disem nun folgt 7., daß dergleichen Hintersassen von Scharwercken nicht frey seyen. Aus Ursach, weilen sie solchen Orts Jurisdiction unterworffen seynd, wo sie wohnen, seynd also auch denen der Orten gebräuchigen und zwar ungemessenen Hand-Scharwercken unterworffen, wann nicht ein anderes aus alter Gewohnheit oder durch ein Pactum eingeführt worden.

Diß aber scheinet 8. fremd zu seyn, daß hier statuirt werde, daß solche Hintersassen zum Dienen dem Gerichts-Herrn mehrer verbunden seyn sollen, als ihren eignen Bauern, wo doch lib. 4. tit. 12. art. 13. der Lands- und Policey-Ordnung ausdrucklich verordnet wird, daß die Land-Richter (und deren Pfleger und Pflegs-Verwalter) Richter und andere Obrigkeiten denen Knechten und Diernen, so ihrer Jurisdiction unterworffen, befehlen sollen, um geringeren Lohn als anderen Herrn zu dienen, oder dise Schuldigkeit durch eine jährliche gewisse Ersetzung præstiren sollen. Wir aber antworten, daß jenes, was von freyen Knechten und Diernen, so anderen mit keiner Dienstbarkeit unterworffen seynd, gesagt wird, hiehero nicht könne applicirt werden, weilen wir reden von Hintersässen, die der Jurisdiction des Orts schon unterworffen seynd, wo ja der Dienst des Gerichts-Herrn favorabler seyn muß, als der Dienst eines Privat-Bauerns, wie dann auch dict. loc. art. 13. der Lands- und Policey-Ordnung ausdrucklich beygesetzt wird, daß alle dergleichen Tagwercker mehrer denen Fürstlichen Beamten, und ihren Gerichts-Herrn dienen sollen, als Fremden, und also ist auch in vilen Orten eingeführt worden, daß die Gerichts-Unterthanen die essend und trinckende Waaren zum Exempel Hiener, Henen, Gänß, Kälber, Lämmer, Böcklen, Käß, Butter und dergleichen, Baum-Früchten ehender ihrer Herrschafft um billigen Werth verkauffen, als auf den Marck tragen sollen. Wir haben offt gelacht, da unsere Unterthanen aus Hoffnung mehr zu lösen 3. Meil Weegs auf den Marck geloffen, und keinen Heller mehr zuruck gebracht haben, als ihnen in unsern Schloß gebotten worden. In dergleichen Fällen kan mehrers mit Höfflichkeit, als mit Zwang zu wegen gebracht werden, wie zu lesen ist bey And. Rauchbar. part. 2. quæst. 22. in princ. Carpz. part. I. P. forens. const. 51. defin. 9. & 10. Obwohlen unser Art. die Schuldigkeit solchen Hintersassen aufbürdet, um billigen Werth denen Gerichts-Herrn vor ihren Bauern zu dienen, wovon sie als Innsäß aufgenommen werden.

7. Unter dessen 9. und letztlich machen wir den Schluß, daß die Gerichts-Herrn die Bescheidenheit brauchen sollen, damit nicht die Bauern, welche wegen der Arbeit solche Taglöhner in ihre Häußer aufgenommen haben, an ihrer Hoffnung beraubt werden; daß es wäre sehr unbillig, wann zur Zeit, da des Bauern Eisen warm ist, der Taglöhner immer bey dem Gerichts-Herrn schmiden müsse, und hernach dem Bauern das seine zu Grund gienge.

Des XXVI. Tituls

Von den Grund-Dienstbarkeiten, oder Servituten.

Erster Articul.

Ein Grund-Dienstbarkeit ist gleichwohl eigentlich ein Gerechtigkeit, welche jemand hat auf des anderen Grund oder Hauß, von wegen seines daran stossenden Grunds, oder Hauß; Aber diß Orts, wird sie etwas mehr weitläuffiger für ein jede Gerechtigkeit verstanden, die jemand auf des andern Grund oder Hauß hat, ob er gleich kein anstossenden Grund oder Behausung hätte.

Summaria.

1. Was ein Grund-Dienstbarkeit seye?
2. Welcher Grund genennt werde, der dienen und deme gedient werden müsse?

IN denen ältisten Bayrischen Statuten ist zwar villes verordnet von denen Leib-eignen Leuthen, wovon wir sattsam bey dem 4. Tit. der Land-Recht geredt haben. Von denen übrigen Personal-Dienstbarkeiten aber vom usufructu, habitatione, und Grund-Dienstbarkeiten ist entweders wenig oder schier nichts verordnetes zu finden, so wird doch diser Titul dem vorigen, wo von Bauern-Recht gehandlet wird, wenigist was die Bauern-Dienstbarkeit betrifft, gantz recht nachgesetzt. Wir werden alle Art. kürtzlich auslegen.

1. Es setzt nun der Art. die Beschreibung servitutis prædialis, und sagt, daß die Grund-Dienstbarkeit ein Recht seye, welches in fremden Grund und Boden oder Hauß hat, wegen seines anstossenden Grunds. Theophil. in fine tit. Inst. de rebus corp. sagt, daß die Dienstbarkeit ein Recht seye, so auf gewisse Arth und Weiß gemacht worden, und im Gemüth behalten wird, welches verursacht, daß der Nachbar des Nachbarn Beschwärde tragt, und dahero müssen allzeit zwey Grund-Stuck seyn, deren eines das dienende, Serviens, und das andere, deme gedient wird, Dominans genennt wird;

2. Der dienende Grund ist, wann eine eigne Sach also beschaffen ist, daß sie dem Herrn nicht alle Dienst allein thun kan, sonder einige einem anderen und seinem Grund præstiren muß, das Prædium dominans aber wird genannt, deme der andere Grund dienen muß. Es wird nun gesagt, daß eine Sach der anderen diene, und diß wird genennt Servitus realis oder prædialis ein Grund-Dienstbarkeit, von welchen eigentlich in disem Titul die Red ist, und nicht von Persöhnlichen Dienstbarkeiten, wovon unsere Bayrische Statuten nichts disponiren, villeicht dessentwegen, weil sie so sehr nicht im Brauch seynd, wie die Grund-Dienstbarkeiten, wie wir dann selten sehen, daß einem der Gebrauch, und das Innwohnen als eine Dienstbarkeit zustehe, und obwohlen des Nutz-Niessungs-Rechts in unsern Statuten sehr offt gedacht wird, so entspringt doch solches meistens aus einer anderen Wurtzel als aus einen Titul einer Persöhnlichen Dienstbarkeit her, gleichwie in denen Bonis adventiis aus dem Vätterlichen Gewalt, beym Heyrath-Guth, und Schanckung wegen des Heyraths, oder Gegen-Erlag, Morgen-Gab, und des Weibs Paraphernal-Güthern, aus dem Titul der Ehe-Pacten, oder aus dergleichen Rechten mehr, daß also ohnnöthig ist, diß Orts unter dem Titul der Dienstbarkeiten etwas beyzurucken.

Wir wollen also auch in denen Schrancken der Grund-Dienstbarkeiten, das ist servitutum prædialium verbleiben, und zwar nicht in diser eingeschranckten Auslegung, in so weit gesagt wird, daß eine Sach der anderen diene, sonder in so weit, wie unser Art. redet, einer in des anderen Grund oder Hauß ein Recht hat, wann er schon keinen anstossenden Grund hat.

Der anderte Articul.

ES seyn zweyerley Grund-Dienstbarkeiten; etlich werden genennt Hauß-Dienstbarkeiten, die einer auf des andern Hauß, Stadl, Stallung, oder dergleichen Gebäu hat: Andere seyn Feld-Dienstbarkeiten, die einer hat auf den Feld-Grund-Stucken, als Aeckern, Wiesen, Gärten, Holtz-Wachsen, Wassern, Weyern, Auen und dergleichen. Die Hauß-Dienstbarkeiten seyn gemeinlich dise, als höher, oder nicht höher aufzubauen, die Lichter, oder Ausschauen nicht zu verbauen, oder zu verbauen, Tach-Träuff, in des anderen Mauer einen Tram, oder dergleichen einzulegen, oder auf des anderen Mauer, oder Unter Gebäu etwas zu bauen, Ercker, Fürschöpff, oder Stuhl-Fenster zu haben, durch ein Hauß oder Hoff zu gehen, Canal, und Teuchel durch zu führen, Wasser aus des anderen Brunnen zu hollen, und andere mehr, die nicht alle mögen erzehlt werden.

Summaria.

1. Wie villerley die Grund-Dienstbarkeit seye, und welche die Stadt- und Feld-Dienstbarkeiten genennt werden?

2. Was für eine Stadt-Dienstbarkeit seye höher und nicht höher zu bauen?

3. Was

3. Was für eine Dienstbarkeit seye, das recht Ercker zu machen, oder solches zu verhindern?
4. *Item* die Dienstbarkeit das Licht nicht zu verbauen?
5. und 7. Das Recht das Traff-Wasser ab oder nicht abzuleiten?
6. Ob jener, der die Dienstbarkeit die Liechten nicht zu verbauen, oder den *Prospect* zu verhintern hat, auch berechtiget seye, denen Nachbarn die Ercker abzuschaffen?
8. Was für eine Dienstbarkeit seye, Tram einzulegen?
9. *Item* das Rechten einen Last zu tragen?
10. Was für ein Unterschied seye unter der Dienstbarkeit Tram einzulegen, und Last zu tragen?
11. Ob der Durchgang, *item* das Recht durch des Nachbarn Hauß Teichel zu führen, oder aus des Nachbarn Brunnen Wasser zu hollen Grund- oder Persöhnliche Dienstbarkeiten seyen?
12. Was für ein Unterschied seye unter denen Grund- und Persöhnlichen Dienstbarkeiten?
13. Was für ein Nutz und Unterschied seye unter denen Stättl- und Feld-Dienstbarkeiten?

1. Und deßwegen wird die Grund-Dienstbarkeit abgetheilt in urbanam, und rusticam, in ein Hauß-Dienstbarkeit, und Feld-Dienstbarkeit. Diser Unterschied wird entnommen aus denen Güthern, welchen gedient werden muß, also daß, wann jenes Guth, deme gedient wird, ein Feld-Guth ist, auch die Dienstbarkeit ein Feld-Dienstbarkeit ist, ist Guth, dem gedient wird, ein Stättisches Guth, so ist auch die Dienstbarkeit Stättisch. L. 1. ff. si servit. vind. L. 1. ff. com. præd. & alibi. Gleichwie aber nicht alle jene Güther, die in Stätten seynd, stättlich genennt werden, also auch nicht alle Güther, so auf dem Land seynd, Feld-Güther genennt werden, weil dise Benahmsung nicht aus dem Ort, wo die Güther liegen, sonder aus dem Nutzen, Gebrauch, Natur und Beschaffenheit der Güther hergenommen werden muß. Also daß, wann der Nutzen und Gebrauch des Guths Bäurisch, zum Exempel zum Bau-Weesen, und Früchten-Sammlung gehörig ist, so muß auch das Guth ein Feld-Guth genennt werden, wann es schon mitten in der Stadt ligt. Wann aber das Guth nicht zum Bau-Weesen und Früchten-Sammlung, sonder zum Stättischen Brauch, das ist, zum Bewohnen, oder zur Recreation der Leuth oder anderen Gebrauch in der Stadt oder auf dem Land und ausser der Stadt erbauet worden, so muß es ein Stadt-Guth urbanum prædium genennt werden. L. urbana. 198. ff. de v. s. §. prædiorum Inst. de servit. præd. oder wie das Collegium argentoratense ad hunc tit. n. 2. ganz recht sagt, daß die prædia urbana die Städtische Güther all jene Gebäu seyen, welche im Städten, Märckten, und Dörffern seynd, wann sie zum Bewohnen, oder Recreation dienen, wo mehrere Specialitäten der Städtischen und Feld-Güthern zu finden seynd, welche wir mit trucknen Fuß übergehen, weil wir so grossen Nutzen in disem Unterschied oder Abtheilung nicht finden. Mit disem kommt über eins unser Art. wo unter die Städtische Dienstbarkeiten nicht allein gezehlt werden die Recht, die denen zum Bewohnen gewidmeten Gebäuen, sondern auch anderen Gebäuen in der Stadt und auf dem Land, als Städlen, Ställen und dergleichen zustehen, also das scheinet, daß der Art. insgemein alle Gebäu, und auch jene, welche zu Unterbringung der Früchten, und Unterhaltung des Viehs gebauet werden, unter die Städtische Güther zehle, und also die ihnen zustehende Dienstbarkeiten Städtische und nicht Feld-Dienstbarkeiten seyen, welches jedoch vor besagter massen wider das gemeine Recht ist, welches die zum Feld-Gebrauch gewidmete Güther und die Feld-Güther setzet, und die ihnen zustehende Dienstbarkeiten unter die Feld-Dienstbarkeiten rechnet. Es diff. mag nun deme seyn, wie ihm wolle, weil diser Unterschied nicht vil Nutzen bringt, so stellen wir dem Leser frey, ob er hier einen Unterschied anmercken wolle oder nicht: nach Innhalt dises Art., wann man alle Subtilität bey Seiten setzt, seynd jene Servitutes urbanæ, welche denen Gebäuen zustehen und verricht werden müssen, hingegen jene Servitutes rusticæ, welche denen Feld-Güthern verrichtet werden müssen.

Unser Art. erzehlt mehrere Servitutes urbanas, von denen Rusticis aber nennt er keine in specie; was aber dessen die Ursach seyn mag, ist uns unbekannt, villeicht weilen die urbanæ verborgner seynd, folglich bessere Untersuchung und Auslegung nöthig haben. Als die rusticæ, welche in Dörffern und auf dem Land wohnenden gemeinen und schlechten Leuthen, Knechten, Diernen, Hirten, Schäffern, Bauern, und Taglöhnern, und disen zu Zeiten besser bekannt seynd, als denen Herrschafften, Kauff-Leuthen und anderen fürnehmeren Männern, so in Städten wohnen. Jede Dienstbarkeit, welche der Art. berührt, werden wir kürtzlich auslegen;

Die erste Servitus urbana ist, welche der Art. benennt, ist die Dienstbarkeit höher oder nicht höher zu bauen, aus welchem erhellet, daß zweyfache Gattung der Servitutum urbanarum gebe, eine wird Affirmativa und die andere Negativa genennt; jene eignet dem Prædio dominanti das Recht zu, etwas zu thun, jene aber raumt das Recht ein etwas abzuschlagen, oder zu verbieten. Wann man nun setzt, 2.

 daß

daß ich das Recht habe, daß so hoch mein Hauß bauen kōne, so hoch ich will, ohnerachtet, daß solche Höhe villeicht dem Hauß des Nachbarn Schaden bringet, und sein Liechten benemmet, dise wird Servitus urbana affirmativa höher zu bauen genennt. Wann man aber setzt, ich sey berechtiget, dem Nachbarn zu verbieten, daß er sein Hauß über eine gewisse Maaß nicht in die Höh bauen kan, eben aus der Ursach, damit er mir mein Liecht nicht verbaue, oder in mein Hauß oder Garthen keinen Prospect bekomme, diß ist Servitus urbana negativa: mit einem Wort bey denen affirmativis muß der Nachbar etwas ausstehen und leiden, bey denen Negativis aber wird ihm verboten etwas zuthun, oder wird gezwungen etwas zu unterlassen, welches ihme sonsten der natürlichen Freyheit nach erlaubt wäre.

Man wird einwenden, es stehe einem jedem frey in die Höhe biß an Himmel zu bauen. L. altiùs 8. Cod. de servit. & aq. Was nutzt also ihme dise Servitus affirmativa höher zu bauen, weil dises Recht ihme aus natürlicher Freyheit zustehet? Und wir antworten, es könne geschehen, daß durch ein Statutum, oder Gewonheit, oder durch Pacta der benachbarten eine gewisse Höhe gesetzt werde, welche die Bauende nicht überschreitten können. In solchem Fall nun muß das Recht höher zu bauen durch eine Dienstbarkeit erworben werden, Wesenbec. in parat. n. 3. Aber dise Dienstbarkeit ist rar, eben darumen, weil das Recht höher zu bauen aus natürlicher Freyheit allen über all erlaubt ist. Die Servitus negativa, das ist, nicht höher zu bauen, ergibt sich öffter, weil sehr vile Ursachen seyn können, warum einer sich um solche Dienstbarkeit bewirbt. Erstlich, damit er frischen Lufft habe? Zweitens, damit er ein freyes Aussehen haben, oder drittens, damit der Nachbar durch das höher Bauen seiner Liechten nicht schade. Viertens, den einstreichenden Lufft nicht verhindere. Fünfftens, die Zimmer und Cammern nicht verfinstere. Sechstens, keine Feichte, und Dimlung verursache, entlich damit er seinem Fürwitz um des Nachbars Thun und Lassen Einsehen zu können, genug thue. Um dise und dergleichen Sachen, welche einer aus natürlicher Freyheit thun kan, zu verhinderen, kan sich der Nachbar gantz recht um dise Servitutem negativam umsehen, dessen sich meistens die Religiosen und Closter-Herrn mannlich- und weiblichen Geschlechts bedienen, damit ihr Thun und Lassen dem Gespött der Welt-Leuthen nicht ausgesetzt seye, also daß in unseren Dicasterien offt gesprochen worden, daß die Sach, obwohlen kein Servitut obhanden wäre, im alten Stand verbleiben solle damit der Religiosen Stand und die Ehr GOttes keinen Abbruch leide, wo wider sich umsonsten Herr P. setzte, deme auch die Advocaten zu Rom beygesprungen, bezeugende, daß auch in der Päbstlichen Stadt Rom die Freyheit höher zu bauen, und neue Fenster in ihre Mauern zu setzen, als eine Sach, die von der natürlichen Freyheit abhanget, denen weltlichen nicht verbotten seye, wann nicht das Widerspil durch eine Servitut erworben worden. Welches wir hier beruhen lassen, weil sich villeicht anderstwo ein bessere Gelegenheit ergeben wird.

Die andere Gattung Servitutis urbanæ ist, welche zwar in dem Art. etwas späthers gesetzt worden, aber besserer Ordnung halber hiehero vorzusetzen ist, das Recht Ercker zu machen, oder solches zu verhinderen. Oldendorp. in class. forens. act. class. 2. act. 9. und aus ihme Manz. ad §. æquè si agat. 2. Inst. de act. Dise Aercker nun, welche meistens in fürnehmeren Häußern gemacht zu werden pflegen, werden unter die Servitutes urbanas gezehlt, und können entweders negativæ oder affirmativæ genennt werden. Negativæ seynd sie, wann ich oder mein Hauß dises Recht haben, daß denen Benachbarten nicht erlaubt seyn soll, solche Aercker zu machen. Die affirmativæ seynd, wann zum Exempel die Gewohnheit ist, Krafft welcher dergleichen Aercker gäntzlich verbotten werden, oder über eine gewisse Maaß verbotten seynd; dann solchen Falls, weil ich von denen Benachbarten das Widerspihl mit Recht erhalte, so hab ich die Servitutem urbanam affirmativam einen Aercker zu machen. 3.

Dise Servitut kommt über eins mit der Servitute negativa die Liechten nicht zu verbauen. Wovon gehandlet wird in L. inter. 14. ff. de servit. urb. præd. & in L. si arborem. 17. in princ. eodem. das ist, daß keiner dem Nachbarn mit höheren Bauen das Liech benehmen, oder den Prospect verhindern soll, dann weil besagter Massen jedwederem erlaubt ist, nach Gefallen zu bauen, wann schon solches dem anderen præjudicirt. L. proculus 26. L. fluminum 24. §. ult. ff. de damno infecto. wann nur solches nicht mit Fleiß den anderen zu scheren geschieht. L. opus 3. ff. de oper. publ. oder eine besondere Ursach des Verbotts obhanden ist, so folgt, daß zudeme, daß einer den andern, der höcher bauen will, hinderen könne, nothwendig seye, daß mich mit solcher Servitute negativa rechtmässig bedecke. Gleichwie im Gegenspihl, wann durch eine Gewohnheit eingeführt worden, daß die Häußer über eine gewisse Höhe nicht erhöht werden können, 4.

nen, wann ich will, daß mir solches Recht zustehen soll, mich mit der Servitute affirmativa höher bauen zu dörffen bedecke.

Mit disen beyden Servitutibus negativis kommt über eins eine andere affirmativa, welche genennt wird, das Jus stillicidii vel fluminis avertendi, wann nemlich der Nachbar die Erlaubnuß und Gewalt hat, sein Traff-Wasser durch Rinen in des nachbar Garten, Grund- oder Schwem-Gruben zu leithen. Daß er sein Trauff, oder Dach-Tropffen auf seines Nachbaurn Gueth oder Hoffstatt laithen möge. Worüber zu lesen seind die Rechts-Gelehrte ad dict. §. præd. urban. Inst. de servit. præd. Wesenbec. in parat. n. 6. ff. eodem.

6. Es ist aber die Frag, ob jener, welcher die Servitutem negativam, seine Liechten nicht zu verbauen, oder den Prospect zu verhinderen, auch berechtiget seye, des Nachbarn Aecker zu widersprechen, aus der kurtz zuvor bemelten Ursach, weilen dise Servituten unter sich eine Ähnlichkeit haben? Ich finde unter meinen Briefflichen Urkunden über mein Hauß, daß dergleichen Stritt zwischen dem Herrn Dechant bey St. Peter und meine Vorfahrer als Besitzer des Hauß obgewaltet habe. Dann weil der Dechant den benachbarten Pfarr-Hoff bauete, da hat der Herr meines Hauß vermög zustender Servitut nicht gestatten wollen, daß er in der Mauer gegen Nidergang Fenster setze, durch welche der Dechant in meinen Garten sehen könnte; welches er auch erhalten hat: aber der Dechant, damit er seinen Nachbarn scherete, hat er gegen Mittag einen Aercker machen lassen, im welchem er ein Fensterle gegen Nidergang gesetzt, wodurch er einer Seits erhalten, was ihme anderer Seits verbotten worden, dann durch solches Fensterl der Dechant des Benachbarten Garten völlig hat durchsehen können. Welcher Aercker noch wircklich verhanden ist, warum aber der Besitzer meines Hauß sich darwider nicht gesetzt hat, ist mir unbekant, obwohlen ich für gewiß halte, daß mein Vorfahrer, der die Servitut gehabt hat, den Prospect gegen Nidergang zu verbieten, auch an Seiten Mittag den Aercker habe verhindern können. Die Ursach ist, weilen jener, der dise Servitut hat, daß der Nachbar durch Bauen seine Liechter nicht benehme, und also ihme am Prospect nicht schade, nicht allein das Bauen, sonder auch alle andere Verhindernuß verhinderen kan, wodurch ihme seine Liechtung verfinsteret werden. L. inter. 15. ff. de servit. urb. præd. also daß der Nachbar nichtmalen einen Baum setzen kan, wodurch der Prospect gegen Himmel verhindert wird. L. si arborem 14. in princ. ff. eod. Warumen nun soll nicht auch jener, welcher die Servitut hat den Prospect durch die Fenster gegen Nidergang zu verhindern, die Servitut haben gegen Mittag den Aercker zu verhinderen, wodurch die Servitut des Prospects kan aludirt werden? Gewiß, wann man zulaßt, daß die Servitut des Aerckers ein gantz andere und unterschiedene Servitut seye, als die Servituten das Liecht nicht zu verbauen, oder die Fenster um in des Nachbars Garten zu sehen, zu verhinderen, so ist doch diß nothwendig zu bekennen, daß dises Fenster, welchen gegen Abend gemacht worden, Krafft bemelter Servitut um keine Fenster gegen Abend zu machen, hat verhindert werden können. Dann warum soll in das Hauß kleinisten Ort erlaubt seyn, was in der gantzen Seiten des Hauß nicht erlaubt ist, die gegen Abend sihet? Mein Vorfahrer hat negst am Pfarr-Hoff einen Kersch Baum gepflantzt, welcher mit der Zeit sehr groß gewachsen, und hat das Einsehen verhindert, welchen ich, ehe von disem Stritt Wissenschafft gehabt hab, daß einen nicht vil nutzbarn Baum hab umhauen lassen, so mich aber nach der Hand gereuet hat.

Die dritte Gattung Servitutis urbanæ negativæ ist, die Ableitung des Traff-Wassers, zum Exempel, wann ich, um mein Schwem Grub zu butzen, oder meinen Garten zu spritzen, oder mein Vieh zu träncken das Regen-Wasser vom Dach des Nachbars nöthig hab, kan ich mit ihm mich vergleichen, daß er das Regen-Wasser anderst wohin als in mein Hauß, Hoffstatt oder Garten nicht leiten solle. Von diser Servitut handlet der Kayser in §. præd. urban. inst. de servit. præd. weilen dann einem jeden erlaubt ist, das Regen-Wasser hin zu leitten, wohin er will, wann er nur dem anderen hiedurch keinen Schaden zufieget, so folget, daß, wann widrige mir nutzlich ist, ich mich mit diser Servitut gegen des Nachbars Hauß versehe. Gleichwie auch im Gegenspiehl das Recht das Wasser des Nachbarn nicht anzunehmen eine Servitut sein kan. Krafft bemelten §. Instit. de servit. præd. dann obwohlen ich aus natürlicher Freyheit den Nachbarn verhindern kan, daß er sein Traff-Wasser auf meine Grund nicht leiten soll, weilen doch einigen Orten das Widerspihl durch Pacta oder auch durch Gewohnheit, und alter Observanz hat eingeführt werden können, daß der Nachbarn Traff-Wasser durch meinen Grund fliessen soll, welches doch verhindert gern sehete, so kan mir anderst nicht geholffen werden, dann durch die Servitut, das Wasser nicht zu übernehmen, obwohlen einige Rechts-Gelehrte 7.

te sagen, daß jene in bemeltem §. enthaltene Wort vel non recipiat, in anderen Büchern nicht gefunden werden.

8. Die vierdte Gattung Servitutis urbanæ aber affirmativæ wird in disem Art genennt, es seye das Tram-Recht, so in Städten gar gemein ist, das ist, da einer den Gewalt hat, in seines Nachbarn Mauer einen Tram, oder eine andere dergleichen Materi also einzuschieben, daß solcher auf des Nachbarn Maur, und auf der andern Maur ruhet: Text. in dict. §. præd. urb. Inst. de servit. præd. L. 2. ff. de servit. præd. urb. L. servitutes 20. L. hoc. quod 25. ff. eod. Die Ursach ist, weilen von Rechtswegen niemand erlaubt ist, etwas in des anderen Maur einzuschieben, ohne Consens dessen, also das, wann solches geschieht, einer das eingeschobene eigenmächtig heraus werffen, und zu Stuck zerbrechen kan. L. quemadmodum 29. §. 1. ff. ad. L. aquil. Es gezimt sich also, daß jener, der in seines Nachbarn Maur etwas einschieben will, dise Servitut rechtmässig erworben habe.

9. Die fünffte diser gantz gleiche Gattung Servitutis urbanæ affirmativæ ist, wann einer das Recht hat, über des andern Maur oder anderes Gebäu zu bauen, auf des anderen Mauer, oder Unter-Gebäu etwas zu bauen. dict. §. præd. urb. Inst. de servit. præd. Dise Servitut wird genennt oneris ferendi, einen Last zu tragen. Gleichwie nun aus bißhero gemelten klar erhellet, daß niemand berechtiget seye, einen Tram oder etwas anderes in meine Maur einzuschieben, also um so mehr ist niemand befugt, auf meine Maur oder Saul, oder andere Unter-Gebäu etwas zu bauen, wann nicht ein solches durch eine rechtmässige Sevitut oneris ferendi erworben worden, weilen mehr ist auf eine Maur bauen, als nur einen Tram einschieben, weilen durch das darauf bauen eine grössere Vereinbarung geschieht, als durch die Einschiebung eines Trams: daß also das darauf gebaute mit grösseren Recht abwerffen kan, als einen eingeschobenen Tram. Eine lächerliche Geschicht hat sich zugetragen in meinem Vatterland, weilen zwey ihre Städel so nahe beysamen gehabt haben, daß der andere seine Wagen-Teichsel in des anderen Stadel einschieben können, und solches als eine Servitut tigni immittendi prætendirt hat. So offt nun der Nachbar solches gethan hat, hat der andere die Teichsel abgesegt, ist also die Sach vor Gericht kommen, bey welchem der Herr über die Wägen die Servitut die Teichsel einzuschieben rechtmässig nicht erwiesen hat, dahero hat zwar der Teichsel Abschneider die haupt Sach gewunnen, nichtsdestoweniger aber ist er angehalten worden, die abgeschnittene Teichsel zu ersetzen, ohneracht seiner eingewendten Exception, daß einer den in sein Maur eingeschobnen Tram, oder diß auf die Maur vom Nachbarn gebaute Sach eigenmächtig abtragen kan, weil die in des anderen Loch gesteckte Teichsel dem Gebäu nicht vereinbart wird.

Doch ist zu mercken, daß zwischen beyden Servitutem digni immittendi, und oneris ferendi diser merckwirdige Unterschied seye, daß jener der die Servitut oneris ferendi tragen muß, nach eingefallner Maur eine andere statt derselben herstellen muß. Der aber die Servitut tigni immittendi leidet, der kan nicht gezwungen werden, daß er die zerfallne Maur reparire, weil die Reparation Regul-mässig jenem obliegt, der den Nutzen von der Servitut hat, und nicht jenem, dessen Sach dienen muß. L. etsi fortè 6. §. 1. ff. de servit. urb. præd. Wesenbec. ibid. Die Ursach des Unterschieds ist, weil die Servitut oneris ferendi genennt wird, daß sie ewig daure, es kan aber nicht ewig dauren, welches nach der Zusammen-Fallung nicht wider gebauet, oder nach erfolgter Ruinosität nicht reparirt wird. vid. tamen Cæpoll. in tract. de servit. præd. urb. cap. 37. per tot. & cap. 58. Wo er disen Unterschied weitleiffiger auslegt, und was das Wort ewig ausdeite, genauer auslegt. 10.

Man wird einwenden, daß dise Servitut oneris ferendi unter denen Real-Dienstbarkeiten schier die schwehriste, und also hart seye, daß jener, dem dise Servitut obliegt, wider die allgemeine Regul, daß der Real-Dienstbarkeiten Eigenthum seye leiden, und nichts thun, auch die Saul oder Maur repariren müsse. Wir aber antworten, daß 1. der haupt Punct diser Servitut seye, einen Last zu tragen, der andere und bey Puncten aber ist allein die Saul oder Maur zu repariren. Wann also einer hauptsächlich verbunden ist einen Last zu tragen, so muß er eben darumen auch gehalten seyn, die Saul oder Maur also herzustellen, daß darauf ein Last gelegt werden kan, Es muß also wider die Natur anderer Dienstbarkeiten bey diser Servitut etwas nicht zwar principaliter, sonder per accidens etwas verrichtet werden, ohne welches die haupt Schuldigkeit nicht kan præstirt werden. Hernach 2. kan der Herr das Guth, so dienen muß, wann er will, verlassen, und also sich von der auf seine Kösten zu machen stehenden Reparation entledigen. L. 8. in princ. ff. si servit. vind. Cæpoll. loc. cit. Hernach 3. hat dise Servitut erst alsdann die Obligation der Reparation auf sich, wann diß bey Errichtung der Servitut nicht ausdrucklich ausgenommen worden ist, dann der Nachbar

bar muß ihme beymessen, wann er die Burd des Nachbarn zu tragen auf sich nimmt, und nicht ausdrucklich die Reparations-Kösten auf den überschiebt, dessen Burde getragen wird. vid. Idem Cæpoll. loc. cit. wo er mehrere Casus unterscheidet, wann dem Herrn des dienenden Guths die Widerbau- und Reparations-Kösten obligen, oder nicht, wo er auch dise Formul hat. Paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit, addat ergo, qui se ad hanc servitutem obligat, tuis autem sumptibus.

11. Die sechste Gattung Servitutis urbanæ ist, der Durchgang; weßwegen zu notirn ist, daß dise Servitut verglichen werde einer Servituti rusticæ, eines Weegs oder Straß, welche auf dem Land gemein ist, wie wir kurtz hernach auslegen werden. In disem Art. aber wird sie unter die Servitutes urbanas gesetzt, als wann einer das Recht hat, durch seines Nachbarn Hauß, Hoff oder Garten zu gehen.

Item die Sibende Gattung ist, das Recht durch des benachbarten Hauß Taichel zu ziechen, und entlich die achte, aus des benachbarten Brunnen-Wasser zu holen. Warumen aber der Art. dise drey Gattungen denen realibus Servitutibus urbanis zuzehle, wo doch sie anscheinen mehrers personal zu seyn, weil sie mehr denen Leuthen und Vieh als denen Güthern dienen, ist die Ursach jedermann sihet, daß der Nutzen diser Dienstbarkeiten mehrer auf den Nutzen der benachbarten Häußer, als deren Innwohneren einschlage: dann meinem Hauß gehet wegen deme, daß es das Recht hat, durch das Hauß, Hoff, oder Garten des Nachbarn in eine andere Gassen durch nähern Weeg zu gehen, das Wasser aus den Brunnen des Nachbauren zu schöpfen, als solches weit her zu führen, oder das Regen-Wasser, oder das Abwasser durch unter irrdische auf des benachbarten Grund gesetzte Canäl aus zuführen, ein nicht geringen Nutzen zu, weil die Häuser durch dergleichen Commoditæten weit kostbarer werden. Es wird also mein Hauß genennt Prædium dominans, und das Hauß des Nachbarn, welches dergleichen leiden muß, Prædium serviens, und dahero seynd dise Dienstbarkeiten nicht personal, sonder warhafft reales und urbanæ.

12. Man wird die Frag stellen, was daran gelegen seye, ob wir solche personales, oder reales nennen? Und wir antworten, daß, obwohlen wir oben gesagt haben, daß der Unterschied unter denen Servitutibus urbanis und rusticis von geringen Nutzen seye, doch ein anderes zu sagen seye vom Unterschied der personal und real servituten. Dann, wann wir sagten, daß dise drey zu End des Art. gesetzte Servituten personal seyen, so kommeten sie auf die Käuffer der Häußer niemahlen, ja in gewissen Fällen, wie folgen wird, nichtmahlen auf die Erben, wo doch im Widerspihl, wann sie real seynd (wie sie auch in der That seynd) mit der Sach einem jeden Nachfolger zugehen. vid. §. omnium 1. vers. aut eum eo. Inst. de act. wo man mehrere Unterschied finden wird unter jenen Sachen, welche man schuldig ist jure personali oder reali, dessen mühsame Untersuchung gar zu weitleiffig wäre.

Der geneigte Leser wird einwenden, wann der Unterschied bemelter massen, unter denen urbanis und rusticis servitutibus so wenigen Nutzen bringt, warum solchen die gemeine Recht und unsere Statuten nichtsdestoweniger so sorgfältig vorstellen? Hierauf antworten wir, daß zwar von denen Rechts-Gelehrten eben aus diser Ursach genau nachgeforscht werde, ob und was für Differentien unter beyden seyen? D. Waizeneck de servitut. dissert. 3. cap. 1. n. 17. erzehlt etliche, so aber noch sehr zweiffelhafftig seynd. Das erste ist, daß die Servitus rustica bloß durch das nicht brauchen verlohren werde, die urbana aber durch das nicht brauchen auf keine Weis zu Grund gehe, sonder neben zu das Factum dessen erfordert werde, dessen Grund dienet. 2. Daß die Servitus rustica kan verpfändt werden, nicht aber die urbana. 3. Daß wegen der urbana servitute kein novum opus könne denunciirt werden, wohl bey der rustica, welche alles doch, weil es zweiffelhafftig ist, weitere Nachforschung nicht verdient; übrigens werden über die bißhero kürtzlich explicirte Servitutes urbanas noch sehr vil andere von vorbemelten Rechts-Gelehrten Barthol. Cæpol. ferd. Waizeneck. beygebracht, und weitleiffig ausgelegt, weilen aber unser Art. von solchen keine Meldung thut, so thun wir auch nicht weiters auslauffen. Diß ist unterdessen gewiß, daß alle Servitutes prædiales urbanæ und rusticæ, was die Arth solche zu erwerben betrifft Krafft übriger Art. so nachfolgen, von einer Natur und Wirckung seyen, daß der Durchleichtigiste Gesatz-Geber, wann er Gewalt hätte, disen mühsamen Unterschied mit trucknen Fuß hätte überschreitten können, absonderlich, weilen er gleich im 1. Art. gesagt hat, daß die Servitus prædialis genennt werde, ein jedweders Recht, so dem anderen in fremden Grund oder Gebäu zustehet, in welchen Worten die Servitutes rusticæ und urbanæ untereinander vermischt werden, daß folglich, was in nachfolgenden Art. verordnet wird, simpliciter zu verstehehen ist von allen Servitutibus prædialibus urba- 13.

nis & rusticis, es mögen von einer Sach der anderen, oder wegen der Sach oder des Grunds vom Menschen prastirt werden, weilen unsere Land-Recht, wie wir oben öffters gesagt haben, die Simplicität und nicht die Subtilität lieben.

Der dritte Articul.

Die Grund-Dienstbarkeiten werden gemeiniglich auf drey Weeg erlangt; Erstlich durch Contract, und Bedingnuß, es seye durch Kauff, Schanckung, Wechsel, oder dergleichen. Zum andern durch letzten Willen. Und drittens durch Verjährung.

Summaria.

1. Auf was Weiß die *Servitutes prædiales* erworben werden?
2. Durch *Pacta*, Bedingnussen, und durch letzten Willen?
3. Ob ein jede *Servitus præjudicialis*, so durch letzte Willen errichtet worden, beständig daure, und auf alle Nachfolger und Käuffer übergehe?
4. 7. 8. und 9. Wie erkennt werde, daß allein eine *Personal*-oder *Real-Servitut* errichtet worden?
5. Ob ein *Real-Servitut* durch ein solches Versprechen könne verkehrt werden, in ein *Personal-Servitut*, oder ob allzeit die *Real-Servitut* vermischt bleibe?
6. Was aus einer solchen Vermischung für ein Nutzen entspringe?
10. Ob einem Guth eine *Servitut* auferlegt werden könne, welche keinen Nutzen, sondern einen puren Lust betrifft, wie da ist, Spatzieren gehen?
11. Ob durch Verjährung eine *Servitut* könne erworben werden?

1. Nachdeme nun vernommen worden, was unter dem Nahmen der Servitutum prædialium begrieffen seye, so entspringt die Principal-Frag. Auf was Arth also die Servitutes prædiales erworben werden? Diser Art. kommt über eins mit dem §. si quis velit. 4. Inst. de servit. præd. welcher obwohlen nur zwey Arthen anzeigt, das ist, durch Bedingnussen und Pacta unter Lebendigen, oder durch letzte Willen, so setzt doch unser Art. die dritte Arth bey, nemlich die Verjährung. Was die erste Arth betrifft, kan kein Zweiffel seyn, daß nicht, gleichwie andere Sachen durch Bedingnussen, Kauff und Verkauff und andere Contract erworben werden, also auch die Freyheit meiner Sach auf eben solche Weiß gemindert werde, und also eine Servitut eingeführt werden könne. Weilen aber in Cörperlichen Sachen die Dominia durch blosse Pacta und Bedingnussen nicht transferirt werden, sondern die Tradition die Einantwortung erfordert wird, dahero die Rechts-Gelehrte sehr disputiren, ob auch bey Errichtung der Grund-Dienstbarkeiten unter Lebendigen die Traditio und was für eine erfordert werde? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen in dict. §. si quis velit. 4. Inst. de servit. præd. der Kayser Justinianus ausdrucklich sagt, daß, wann einer seinem Nachbarn ein Grund-Dienstbarkeit einraumen will, er solches durch Pacta, und Bedingnussen thun müsse, daß also anscheinet, daß eine weitere Tradition nicht nöthig seye. Welches auch vile Rechts-Gelehrte zulassen, und es scheint, daß mit disen unser Art. einstimme, der von einer Tradition nichts meldet, sonder simpliciter sagt, daß die Grund-Dienstbarkeiten durch Contract, und Bedingnuß als Kauff, Schanckung, Wechsel, und dergleichen könte erlangt werden. Dessen doch unerachtet erforderen die mehrere Rechts-Gelehrte auch bey Erwerbung der Grund-Dienstbarkeiten die Tradition, welche sagen, daß solche alsdann geschehe, wann einer sich der ihme oder seinem Guth zustehenden Servitut bedienet, und der andere darzu schweigt; daß der Gebrauch eines, und des anderen Zulassung wird bey uncörperlicher Sach für die Tradition gehalten. L. fin. ff. de servit. Wesenbec. in parat. n. 7. ff. eod. Obwohlen wir fürwahr so Scrupulos nicht seyn sollen, weilen, wie öffters gesagt worden, unsere Land-Recht auf Subtilitäten nicht acht geben.

Die zweyte Arth ist, wann durch einen letzten Willen ein Servitut errichtet wird, welche für ein Gesatz gehalten wird. 2.
Wann also der Testirer zu Favor des Nachbarn durch einen rechtmässigen letzten Willen, durch ein Testament, Codicil, Legat, Fidei-Commiss, Schanckung von Tods wegen seinem Erben auftragt, daß er sein Hauß nicht höher bauen, und also die Liechten des Nachbarn nicht verbauen solle, daß er keinen Ercker um in des Nachbars Hoff, Garten

ten oder Hauß zu sehen machen soll, oder er soll gestatten, daß der Nachbar einen Tram in des Erben Mauer einschieben, auf dessen Saul oder ererbte Mauer bauen, durch dessen Grund gehen, aus seinen Brunen Wasser schöpffen und dergleichen thun könne. So ist kein Zweiffel, daß nicht auf solche Weiß die Servitut nicht höher zu bauen, die Liechten nicht zu verbauen, Tram einzuschieben, auf des anderen Mauer zu bauen ꝛc. erworben worden. Dann was einem unter Lebendigen erlaubt ist, das muß um so mehr in denen letzten Willen erlaubt seyn, welche favorabler seynd. Arg. §. unic. Inst. de L. fus. canin. toll. Ob aber auch in einer durch letzten Willen errichteten Servitut die Traditio oder Einantwortung erfordert werde, ist von darum eine unnützliche Frag, weil nach Innhalt unsers Art. wir die Errichtung der Servitutum realium auch unter Lebendigen ohne Tradition zulassen, also um so mehr muß solche zugelassen werden durch die letzte Willen, weil sonsten die gemeine Meynung ist, daß jenes, was legirt worden, glatten Weegs von jenem, der legirt hat, auf jenen, dem legirt worden, überfalle L. à Titio 64. ff. de furt. Also daß solcher das Dominium ohne Tradition erwirbet. vid. Osterman. ad §. fin. de servit. præd. circa fin. und Mynsing. §. nostra autem. Inst. de legat. Schneidew. §. sed si uxori. n. 7. Obwohlen mehrere einem Unterschied machen unter der Gestalt des Legats per damnationem, oder vindicationem. Worüber kan gelesen werden Sichard. disput. 5. thes. 8. litt. C. Mauz. ad §. 1. n. 7. & seq. Inst. de usufruct. Und vollständiger D. Ignat. Rath. lib. 2. tit. 3. Inst. de servit. præd. n. 128. & seq.

3. Von grösserer Wichtigkeit ist, ob jedwedere Servitus prædialis Grund-Dienstbarkeit sowohl urbana, als rustica, so in Testamentern oder anderen letzten Willen vermacht und errichtet worden, so beschaffen seye, daß es ewig daure, und nicht allein auf die Erben, sonder auch auf die Käuffer und andere rechtmässige Innhaber überfalle? Bey diser Frag ja hat die Sach eine grössere Beschwernuß, zu welcher unser erster Art. Gelegenheit gibt; Dann dem gemeinen Recht nach wird eigentlich jene eine Grund-Dienstbarkeit genennt, welche in einer Sach gemacht wird, das ist in einem Guth, so dienet, wegen der anderen Sach der gedient wird, und in disem Casu ist kein Zweiffel, daß nicht ein wahre Grund-Dienstbarkeit gemacht werde, welche mit der Sach auf alle Erben, und andere Nachfolger übergehet. Wann aber eine Persohn verbunden wird eine Servitut zu præstiren, welche, wie der 1. Art. sagt, kein anstossenden Grund, oder Hauß hat, kan billig in Zweiffel gezogen werden, ob nicht allein eine Personal-Action entspringe, auf keine Weiß aber ein Actio realis. Weil jene ein Grund-Dienstbarkeit genennet wird, welche eine Sach der anderen præstirt, wann also solche einer Persohn und nicht einem Grund præstirt wird, so ist es eine Servitus personalis, also daß durch dergleichen Servitut kein Recht in der Sach oder Grund erworben wird, sondern allein eine Actio personalis, wider den, so die Servitut zulaßt, und seine Erben, nicht aber wider den Käuffer oder anderen Nachfolger; Es ist also ein weit anderes eine Servitut erwerben, als eine Actionem personalem, das ist ein jus in re, und allein ein jus ad rem. vid. Waizeneck. de servit. dissert. 1. cap. 2. per tot. & maximè n. 24. & seq. Cæpoll de servit. urban. præd. cap. 2. n. 5. und dises, daß jene Dienstbarkeit, die einer Persohn præstirt wird, und keinem Grund, personal seye, ist gar kein Zweiffel. Wann aber aus denen Worten der bedungenen Servitut nicht erhellet, wie die Intention gewesen, ein Recht aus einen Grund dem anderen Grund, oder ein Recht aus dem Grund einer Persohn einzuraumen. So leidet die Sach nach Meynung des Cæpoll. mehrere Unterscheidungen; dann, obwohlen man setzt, daß zwey Contrahenten benachbarte Güther haben, und einer dem anderen das Recht Wasser zu schöpffen, das Recht eines Weegs, oder Durchgang im Hauß, Garten, Hoff, oder etwas dergleichen gestatte, so folgt doch nicht sogleich, daß sothane Gestattung für eine Grund-Dienstbarkeit zu halten seye, weil die Intention des Zulassers hat seyn können, allein der Persohn des Nachbars ein Gefallen zu thun, nicht aber sein Guth dem Guth des anderen mit einer Servitut zu unterwerffen, und mit einer ewigen Beschwernuß zu beladen. Es ist also der Mühe werth, daß man untersuche, wie zu erkennen seye, ob die Erlaubnuß geschehen seye zu Einführung einer Grund-Dienstbarkeit, oder allein zu Einführung einer Personal-Servitut, weilen, wie folgen wird, unter beyden ein sehr grosser Unterschied ist.

Wir sagen nun 1. wann die Zulassoder Versprechung eines Rechts unter Benachbarten mit der ausdrucklichen Erinnerung geschehen ist, daß solches Versprechen ein Grund-Dienstbarkeit erwürcken soll, so ist gewiß, daß solches Ver- 4.

sprechen für eine blosse Personal-Obligation, welche nur eine Personal-Obligation nach sich zieht, nicht gehalten werden könne, weil ein Real-Obligation allzeit auch eine Actionem realem nach sich zieht, und zwar in dem gesetzten Casu die Actionem confessoriam. Eben dises ist zu sagen, wann die Wort der Zulass- oder Versprechung auf einen Grund eingerichtet worden. Zum Exempel, wann einer sagt, ich versprich, daß dein Hauß allzeit von meinem Brunnen Wasser schöpffen könne, daß dir und deinen Hauß-Genoßnen allzeit durch mein Hauß, Garten oder Hoff der Durchgang frey stehen solle 2c. Gewiß, weilen dise Wort auf den Grund eingerichtet seynd, so scheint, daß mehr ein Grund-Dienstbarkeit, als nur ein Personal-Obligation errichtet worden. Wann aber gesagt wird, ich gib dir mein Nachbarn den Gewalt, daß, so offt du willst, allzeit durch mein Hauß, Hoff, oder Garten gehen oder aus meinem Brunnen Wasser schöpffen könnest 2c. So erhellet aus solchen Worten klar, daß in der That kein Grund-Dienstbarkeit, sondern ein Personal Servitut, oder, wie andere wollen, ein mixtirte Servitut gemacht worden. Ja, obwohlen dise Wort auf Leib und Leben-lang beygesetzter nicht gefunden werden, sondern vilmehr die Wort auf die Persohn des Nachbarn als auf dessen Hauß, oder anderes Grund-Stuck lauten. Zum Exempel, ich erlaube dir als meinem guten Freund aus einem besondern Freund-Stuck das Recht aus meinem Brunnen Wasser zu schöpffen, das Recht durch mein Hauß zu gehen 2c. Solche Erlaubnuß ist auf keine Weiß für eine Grund-Dienstbarkeit, sondern nur für eine Personal-Obligation zu halten, welche unsers Erachtens nichtmahlen auf dessen Erben überfallet, wann schon villeicht beygesetzt worden, ich lasse dir und den Deinigen zu für jetzt und in das künfftige, unter welchen Worten die Nachkömmling und Erben können begriffen werden, nicht aber andere Käuffer und Nachfolger.

2. Seynd die Wort der Zulassung zu untersuchen, ob sie ein blosses Factum, oder auch ein Recht mit sich bringen? Wann sie ein blosses Factum betreffen. Zum Exempel, ich lasse meinem Nachbarn zu den Gewalt aus meinem Brunnen Wasser zu schöpffen, durch mein Hauß zu gehen 2c. Dise Zulassung ist für eine blosse Personal-Obligation zu nemmen. L. apud Julianum §. si quis alicui. ff. de legat. 1. Ein anderes ist, wann einer sagt, ich lasse dir das Recht Wasser zu hollen, durch mein Hauß zu gehen zu, dann solchen Falls ist ein Unterschied zu machen, wie zuvor, ob dises Recht in Ansehung und wegen des Nachbars Hauß, oder allein zu Favor der Persohn zugelassen worden. Im ersten Fall entspringt eine Grund-Dienstbarkeit, in dem anderen Fall aber, allein eine Obligation einer Personal-Servitut.

Eben dises ist zu sagen 3. wann sich einer verobligirt, etwas zu unterlassen. Zum Exempel, der Nachbar verspricht dem Nachbarn, daß er in seiner Mauer kein Fenster wolle machen lassen, durch welches er in des Nachbarn Garten sehen könne, oder, daß er keinen Ercker bauen wolle, wodurch er dem Nachbarn sein Liecht verbaue. Gewiß, weilen in disem Casu von keinem Grund-Recht, sondern von blosser Obligation etwas zu unterlassen das Versprechen geschehen ist, so thut solches Versprechen nichts als ein Personal-Obligation nach sich ziehen, und folglich wann der Nachbar, deme solches Versprechen geschehen ist, sein Hauß verdussert, so ist der Nachbar an sein Versprechen nicht mehr gebunden, sondern kan frey in sein Mauer ein Fenster setzen, oder aus seiner Mauer einen Ausschuß machen. Wie in Gegenspihl, wann einer das Recht und Servitut auf sich genommen hat, kein Fenster in sein Mauer einzusetzen, oder keinen Ausschuß zu machen, so ergibt sich wieder der vorige Unterschied, ob diß geschehe in Ansehung des Nachbars Hauß, oder des Nachbars Persohn, also daß in dem ersten Fall ein wahrhaffte Servitus realis urbana, in dem anderen Fall aber eine blosse Personal-Obligation entstehet. In der That ist zu beobachten, was für eine Ursach der Nachbar bey seinem Versprechen beybringe, wann er eine den Nutzen des Hauß oder Grunds des Nachbarn betreffende Ursach beybringt, so wird ein Grund-Dienstbarkeit bedungen, wann er aber eine den Nutzen oder Commodität, oder vilmehr eine Freud des Nachbars Persohns betreffende Ursach beybringt, so kan sothanes Versprechen für keine Grund-Dienstbarkeit angesehen werden.

5. Bißhero haben wir allzeit allein von einer Personal-Obligation geredet, welche aus dergleichen Bedingnussen entspringt, wann man aber fragt, ob nicht wenigistens ein Personal-Servitut durch dergleichen Versprechen, so zu Favor des Nachbars geschieht, eingeführt werden könne? So widerspricht solches Cujaicus lib. 24. observat. obs. 22. wo er dise Materi gantz subtil auslegt. Das Widerspihl lehret Petr. Classenius in tract. de servit. conclus. 9. wo er mehr andere wider den Cujacium allegirt. Wann nun diser Sentenz wahr ist, daß eine sonst natürliche Dienst-

Dienstbarkeit, das ist, welche aus einem Grund dem anderen zustehet, in ein Personal-Servitut kan verkehrt werden, das ist, daß solche aus einem Grund einer Persohn zustehe, so kan der Sentenz auch wahr seyn, daß solche Servitut verkehrt werden könne, nie eine blosse Personal-Servitut, daß solche von einer Persohn der anderen præstirt werden müsse: Und alsdann ist an sich selbsten wahr, daß solches Versprechen nichts als eine blosse Personal-Obligation nach sich zieht, unterdessen aber, wann bey einem solchen Versprechen eines Rechts Meldung geschehen, das ist, ich laß dir das Recht zu auf dein Leib und Leben-lang das Wasser aus meinem Brunnen zu schöpffen, durch mein Hauß, Hoff und Garten zu gehen, oder ich nimme das Recht und Obligation auf mich, in mein Hauß wider deinen Prospect kein Fenster in mein Maur zu setzen, oder einen Ausschuß um deinen Prospect zu nennen zu machen. So entspringt nach Meynung des Classenii und anderer eine wahre Servitus personalis.

Man wird fragen, welcher Sentenz des Cujacii oder des Classenii und den Nachfolger unsern Land-Recht ähnlicher seye? Und wir antworten, die Meynung des Classenii werde in unsern 1. Art. approbirt, dann weilen der 1. Art. ausdrucklich verordnet, daß unter dem Namen der Grund-Dienstbarkeit auch jenes Recht enthalten seye, welches einer in des andern Grund hat, obwohlen er keine anstossende Güther hat, so folgt nothwendig, daß das aus des Nachbarn Grund der anderen Person gegebene Recht, eine wahre Grund-Dienstbarkeit, wie der Art. selbst erkönnt, nicht seye, sonder weil es auf die Person eingeschränckt ist, dem es gegeben worden, für ein personal Recht zu halten seye, doch also, weil des anderen Grund verbunden worden, der etwas Grund-Dienstbarliches darunter begriffen ist.

6. Man wird weiters fragen, was dann für ein Nutzen hieraus entspringe? Wir antworten, sehr vil, weil in dem Fall, wo wir ein Obligatio haben und ein personal Servitut, die mit einer Grund-Dienstbarkeit vermischt ist, jenem, dem ein solche Servitut gegeben worden, die Actio confessoria zustehet. Welche auch wider den dritten Prossessorem singularem Platz hat. Hingegen wann wir mit Cujacio setzen, daß es eine pur personal-Obligation seye, so hat wider den dritten Besitzer kein Action Platz. Es ist also jenes Principium nicht sicher, welches vile setzen, daß alsdann erst eine wahre Grund-Dienstbarkeit und also die Actio confessoria entspringe, wann des anderen Grund meinem Grund dienet, und ihme einen Nutzen bringt, nicht aber, wann meiner Person aus solcher Servitut ein Nutzen zugehet. Dann, obwohlen allein jene eine wahre Grund-Dienstbarkeit ist, welche aus einem Grund dem anderen præstirt werden muß, weilen die Servitus prædialis urbana oder rustica hauptsächlich ihren Namen hernimt von dem Guth, welchem gedient wird, doch, wann ein Guth einer Person dienet, obwohlen solches kein Grund-Dienstbarkeit genennt wird, kan es eine Servitus realis und personalis genennt werden: und zwar realis, weilen der Grund zum dienen verbunden ist, und personalis, weil solcher Dienst mit der Person sich endiget, wie gantz recht auslegt Cæpoll. de servit. urban. præd. cap. 3. & cap. 8. Und hieraus entspringt dise Wirckung, daß die Actio confessoria auch wider den dritten Besitzer Platz hat. Von diser Materi ist ein mehrers zu lesen bey Classen Cujac. Cæpoll. loc. cit. und bey D. Waizenecker. dissert. 1. cap. 2. ferè per tot.

Wir haben 4. gesagt, jenes seye ein Servitus realis, wann die Wort auf den Grund dirigirt werden, welches also zu verstehen ist, wann ein gewisser Grund benennt wird. Dann, wann nur gesagt wird, ich lasse dir das Wasser aus meinem Brunnen auf deine Grund-Stuck zu tragen zu, diß kan kein wahre Grund-Dienstbarkeit seyn, weil der Grund abgehet, dem solches Recht gebühren soll. Item Cæpoll. loc. cit. n. 8. 7.

Was ist aber Rechtens, wann einer sagt, ich lasse dir aus meinem Brunnen das Wasser zu, für dein Hauß, aber das solche Erlaubnuß nach meinem Tod soll geendet seyn. Ist wohl diß ein Servitus realis oder personalis. Es scheint personalis zu seyn, weil sie durch den Tod der Person geendet wird. Weilen sie aber in des Nachbarn Hauß Werckthättig gegründet ist, so muß sie ein Grund-Dienstbarkeit genennt werden. Und die Arth, wodurch sie geendet wird, muß die Natur nicht abänderen; es hindert auch nichts der Text in L. Lucius Titius. 37. ff. de servit. præd. rust. Weil diser Text nicht redet von einer Servitut, welche auf einen Grund auf Leib Leben-lang gelegt sonder welche auf einen ungewissen Grund gegeben worden, welche Ungewißheit verursacht, daß die Servitut personal ist, und durch den Tod dessen, dem es gegeben worden, geendet werde.

In gleichem haben wir 5. in vorgehenden gesagt, daß in jenem Casu eine Servitut entspringe, welche etwas von der Realität hat, also die Actio confessoria Platz findet, wann einer dem anderen aus besonderer Zuneigung auf Leib- und Leben-lang das Recht einraumt, aus seinen Brun- 8.

nen-Wasser zu schöpfen. Aber ein anderes wäre zu sagen, wann er das Recht nicht, sonder nur die Erlaubnuß gegeben hat, weilen solche Wort mehr das Factum als ein Recht mit sich bringen, aber die Bedingnuß eines blossen Facti an Seiten des Nachbars, oder faciendi, an Seiten des Versprechers, bringt besagter massen nichts als eine blosse personal obligation mit sich.

9. Es sagen einige 6. daß gemeiniglich kein Obligatio realis entspringe, wann Verba potentialia gebraucht werden; die Verba potentialia nennen wir, wann einer sagt, ich versprich dir, daß du durch meinen Grund gehen könnest, oder ich versprich dir, daß ich kein Fenster in mein Maur brechen, keinen Aercker oder Ausschuß machen, auch deine Liechten nicht vermachen könne aus obiger Ursach, weilen solche Verba potentialia mehrers ein Factum als ein Jus nach sich ziehen. Doch lassen sie gemeiniglich zu, daß dergleichen negative vorgebrachte Wort eine Grund-Dienstbarkeit nach sich ziehen, weil dise Arth zu reden ungewohnlich ist, und in der That nichts anders anzeigen kan, als eine Ausbürdung einer Grund-Dienstbarkeit. Nemlich ich versprich dir, daß ich in meinem Hauß keinen Ausschuß machen könne, das ist, daß mir das Recht obliege, daß ich keinen Ausschuß in meinem Hauß machen könne. Item daß ich kein Fenster in mein Mauer setzen könne, das ist, daß ich verbunden seye, in mein Maur kein Fenster zu setzen. Welche Formlen warhafft eine Grund-Dienstbarkeit mit sich ziehen. Ein grösserer Zweiffel kan sein, wann die Verba potentialia affirmativè gesetzt worden, das ist, ich versprich dir, daß du durch meinen Acker, Garten, Hauß 2c. gehen könnest 2c. weilen anscheint, daß dise Wort allein die Erlaubnuß zu gehen zu geben, nicht aber das Recht eines Weegs zueignen. Gewiß der Innhalt das Wort muß in allen dergleichen Bedingnussen genau beobachtet werden, weil aus solchen entnommen werden muß, oder der contrahenten Meynung gewesen, eine wahre Grund-Dienstbarkeit, daß eine Sach der anderen dienen soll, oder ein Real-servitut zugleich, und eine Personal Obligation, das ist, daß des Versprechers Sach der anderen Person dienen soll, oder allein eine blosse Personal-Obligatio aufzurichten

10. Von diser letsten Gattung 7. ist ein Text in L. ut pomum 8. ff. de servit. wo Paulus J. C. sagt, daß erlaubt seye einen Apfel abzubrocken, und daß wir spaciern, und in fremden Ort essen können, kan kein Servitut auferlegt werden. Aus welchem Text die Rechts-Gelehrte eine allgemeine Regul heraus ziehen, daß einem Grund kein Servitut könne auferlegt werden, wann solche nur einen Wollust und keinen Nutzen bringt, welche so generaliter gesetzte Regul doch seine Beschwernuß leidet, wir lassen mit der allgemeinen Meynung gern zu, daß das spazieren, oder essen in fremden Garten keine Servituten seye: keine Grund-Dienstbarkeiten, weilen weder der dienende Grund, das ist, der Garten schlechter, nach des Nachbars Hauß hiedurch besser wird. Es seynd auch keine Servitutes personales, weilen ihr Natur ist, daß sie in Empfang der Früchten bestehen, spaziern aber oder essen bringt dem Hauß des Nachbarn keinen Nutzen, nach dem Nachbarn den Gewalt Früchten zu nemmen, sonder allein seinen Wollust und Recreation zu geniessen. Es kan also eine solche Obligation kein Actionem realem gebehren, sonder eine blosse Actionem personalem, wider jenen, der solche Erlaubnuß giebt, und seine Erben, auf keine Weiß aber wider einen Käuffer, und andere Nachfolger, weil die Actio personalis den Grund nicht angehet. L. 1. §. si hæres. ff. ad S. C Trebel. Cujac. lib. 24. obser. 22. Eben diß ist zu sagen, wann einem erlaubt wird, einen Apfel oder Trauben für Gelust abzubrocken. Dann auch ein solche Erlaubnuß kan kein Dienstbarkeit genennt werden, obwohlen es scheint, daß sie einen Nutzen bringe, wo nicht dem Grund wenigist der Person, der die Erlaubnuß geschehen ist, weilen doch diser Nutzen nicht geachtet wird, weill er in wenigem bestehet, und solchem der Gelust vorwigt. Ein anders ist, wann einem erlaubt worden, alle Aepfel in gantzen Garten, oder von ein oder anderen gewissen Baum, oder so vil, als einer für sein Hauß-Weesen nöthig hat, abzubrocken, und heim zu tragen, dann in solchen Fall, daß ein real servitut entspringe, ist kaum zu zweiflen, und zwar, wann dem Nachbarn die Erlaubnuß geschehen in Ansehung seines Benachbarten Hauß, so ist es ein Grund-Dienstbarkeit, wann aber die Erlaubnuß geschehen wegen der Person des Nachbars, ist wenigist eine Servitus personalis, die eine vermischte real Obligation hat an Seiten des Gartens oder der Bäumen, so zu Præstirung der Aepfel verbunden ist, wie in vorgehenden des mehrern ausgelegt worden. Idem Cujac. ad dict. L. ut pomum in pandect. posthum. Coras. duar. & Costad. ibidem disen doch widerspricht D. Waizenecker de servit. dissert. 1. cap. 2. n. 25. Aus Ursach, weilen nicht kan gesagt werden, daß dises Versprechen des Nachbars Wohllust allein betreffe, welche dem Grund, oder denen Bäumen des Versprechers völligen oder grösten Nutzen benimt.

Aber

Aber was ist Rechtens, wann die Erlaubnuß pur Wohllusts halber geschehen ist, daß dem Nachbarn erlaubt seyn soll einen Apfel abzubrocken, wie weit ist dise Erlaubnuß auszustrecken? Und es antwortet Cæpoll. de servit. urb. præd. n. 8. und mit ihme Harprecht. ad prin. tit. Inst. de servit. præd. n. 18. & seq. Daß wann bey der Erlaubnuß keine gewisse Anzahl ausgeworffen worden, solche der Richterlichen Ermessigung überlassen worden seye, und gantz recht, weil niemand seinen Hals zu weit aufthun soll, daß er wegen seines Wohllusts dem rechtmässigen Herrn den völligen Nutzen benemmen soll. Hiervon ist ein mehrers zu lesen bey Waizenecker loc. cit. wo er durch dise Regul, daß eine Dienstbarkeit nicht sein könne, wann nicht eine Sach zu unsern Nutzen dienet, aus Castrenz. Cujac. Corras. Cunan. und Forcat. weitläuffig ausführt, wohin wir den Leser anweisen.

11. Die dritte Arth eine Servitut einzuführen sagt unser Art. seye die Verjährung, von welcher obwohlen Justinianus in dict. §. si quis velit. 4. Inst. de servit. præd. nichts sagt, villeicht deßwegen, weilen vor alten Jure digestorum eigentlich nicht haben verjährt, noch eigentlich deren Dominium durch die Verjährung erworben werden können. L. sequitur 4. §. fin. & L. si aliena 10. §. hoc jure ff. de usurp. & usucap. weilen jedoch eben diser Kayser Justinianus nach all aufgehöbten disen Controversien, und verwirten Subtilitæten verordnet hat, daß die Dienstbarkeiten wie andere Grund-Stuck warhafft præscribirt werden können, und durch solche Præscription solcher Servituten wahres Dominium der, so præscribirt hat, erwerbe. L. fin. Cod. de præscript. long. temp. Dahero unsere Land-Recht gantz billig von der Præscription der Servitutum urbanarum & rusticarum in nachfolgenden zweyen Art. handlen.

Der vierte Articul.

Etliche Grund-Dienstbarkeiten seyn also beschaffen, daß dero Gebrauch stätt, und ohne Unterbruch ist, welcher auch beschieht, ohne des Menschen tägliche, wochentliche, monathliche, und jährliche Ubung, als Tach-Träuff, einen Traum, oder etwas anderes in des anderen [illegible]u haben, das Gebäu höher zumachen, und dergleichen fast alle [illegible]Dienstbarkeiten, und dise werden in 10. Jahren, wider die im [illegible] und in 20. Jahren, wider die ausser Lands, durch Innhaben verjährt, und ersessen. Aber die andere Grund-Dienstbarkeiten, deren Gebrauch nicht stätts, und ohne Unterbruch ist, sonder in des Menschen Ubung stehet, als dem andern über seinen Grund gehen, oder fahren, Sand oder Laimb Graben, Stein klauben, Vieh-Trieb und Wayd-Besuch, Holtzmaiß, Wasser-schöpfen, Wässerung, deren Arth dann mehrertheils die Veld-Dienstbarkeiten seynd, solche werden durch Verjährung anderst nicht erlangt, dann in solcher langen Zeit, welche über Menschen Gedencken sich erstreckt.

Summaria.

1. Und 3. welche Dienstbarkeiten *continuæ* und *discontinuæ* genennt, und inner was Zeit *præscribirt* werden?

2. Ob diser Unterschied, so in gemeinen Recht gegründ ist, auch in Bayern der Brauch seye?

Diser und nachfolgender Art. haben einen unabsenderlichen Unterschied, wir werden doch beydes absonderlich auslegen, in so weit von der Dependenz zu abstrahiren erlaubt ist.

1. Vor allem nun macht der Art. einen Unterschied unter denen Servituten, so continuæ und discontinuæ genennt werden; er nennet die Continuas, deren Gebrauch beständig und ohne Unterbruch ist, welcher ohne des Menschen täglicher, wochentlicher, monatlicher oder jährlicher Ubung geschieht, welches die Wort unsers Art. seynd, das ist, deren Gebrauch ohne Menschlicher Hand Anlegung man haben kan, wie da seynd, das Dach-Traiff, einen Traum, oder etwas anderes in des anderen Mauer zu haben, das Gebäu höher zu machen, und der-

dergleichen schier alle Servitutes urbanæ. Die discontinuæ seynd, deren Gebrauch nicht stätts, und ohne Unterbruch ist, welchen zu erhalten die Menschliche Mitwürckung erfordert wird, oder, wie der Art. sagt, welcher in des Menschen Ubung bestehet, dergleichen seynd, dem andern über seinen Grund gehen, oder fahren, Sand oder Laim graben, Stein klauben, Vieh-Trieb und Weyd-Besuch, Holtz schlagen, Wasser schöpffen, Wässerung, und mehr andere Servitutes rusticæ, so wie wir gesagt haben, auf dem Land bestens bekannt seynd.

2. Obwohlen nun unter denen älteren Rechts-Gelehrten, und denen jüngeren ein grosser Stritt ist, ob diser Unterschied inter continuas & discontinuas servitutes in dem gemeinen Recht einen Grund habe, die Jüngere widersprechen solchen, wie zu sehen ist bey Classenio de servit. conclus. 19. per tot. Fachinæo lib. 8. cap. 22. Costal. ad L. servitutes 14. ff. de servit. Donel. 11. com. cap. 11. Canan. lib. 4. cap. 12. n. 11. und absonderlich bey Longovall. in repetitione legis Imperium. part. 4. novæ declarat. cap. 1. n. 21. ff. de Jurisdict. wo sie disen Unterschied mit mehreren widerlegen. Solchen doch D. Waizenecher. de servit. dissert. 1. cap. 5. n. 67. & seq. mit so vil Gesatzen, und Authoritäten bestättiget, daß in praxi davon abzuweichen ist, weil nicht allein in dem Kayserl. Cammer-Gericht zu Speyr solcher Unterschied angenommen ist, wie bezeugt And. Gail. 2. observ. 66. n. 7. & seq. & observ. 69. n. 14. Mynsing. cent. 4. observ. 53. Wurmس. pract. for. lib. 1. tit. 27. observ. 5. per tot. sondern auch in anderen Orten des Reichs beobachtet wird, wie von Spanien bezeugt Covar. lib. 1. var. resol. cap. 17. n. 11. Und von Franckreich Papon. lib. 6. arrest. tit. 1. cap. 4. und Guido Pap. decis. 573. Uber dise Sach ist zu lesen Cæpoll. de servit. urb. præd. cap. 20. per tot. Welche gemeinere Meynung auch unser Durchleuchtigister Gesatz-Geber angenommen hat.

Hauptsächlich 2. wird in disem Art. verordnet, daß die Servitutes continuæ wider die Anwesende, und die inner Land seynd, inner 10. Jahren præscribirt werden, und unter Abwesenden inner 20. Jahren. Wann sie aber Servitutes discontinuæ seynd, wird so vil Zeit erfordert, welche sich über Menschen Gedencken erstreckt. Ehe nun wir in der Auslegung weiters fortschreitten, ist der 5. Art. an die Hand zu nemmen. 3.

Der fünffte Articul.

Allhier ist wieder Unterschied zwischen den Dienstbarkeiten, welche einen stätten immerwährenden Gebrauch, ohne des Menschen Ubung oder einen unterbrochnen Gebrauch haben. Dann so man in denen, welche einen stätten Gebrauch haben, das Innhaben nur 10. Jahr, wider die im Land, oder 20. Jahr wider die ausser Lands erweißt, muß man noch ferner beweisen, daß der Gegentheil solchen Gebrauch der Dienstbarkeit gewußt, und denselben gedultet, zugesehen, und gestattet hab. Aber der Titul oder Ankunfft derselben ist man zu erweisen nicht schuldig; Hätte aber jemand ein solche Dienstbarkeit, deren Gebrauch, wie gehört, ohne Uuterbruch beschieht, nicht nur 10. oder 20. sondern 40. Jahr hergebracht, der ist nicht verbunden zu beweisen, daß sein Gegentheil solches hab gewußt, gestattet, und gedultet.

Aber in Verjährung der anderen Dienstbarkeiten, welche nach Innhalt vorgehenden Articuls, ein Zeit über Menschen Gedencken erforderen, ist unnöthig, weder Ankunfft, noch des Gegentheils Wissenschafft oder Gestattung, und Zusehen zu beweisen, sonder die so lange Zeit ersetzt solches alles. Es ware dann, daß einer zu Behauptung einer solchen unterbrochnen Dienstbarkeit, sich auf ein Verjährung von 10. oder 20. Jahren wollte gründen; In solchem Fall muß er nicht allein einen zu der Verjährung tauglichen Titul, sondern auch daß der Gegentheil sein Innhaben, und Gebrauch der Dienstbarkeit gewußt, zugesehen und geduldet hab, beweisen, und da solches geschieht, hat er auch die unterbrochne Dienstbarkeit mit Nutz und Gewehr verjährt und ersessen. Aber in disem Fall ist genug die Ankunfft oder

Titul

Titul allein schlechtlich anzuziehen, sondern derselb muß auch erwiesen werden. Ohneracht daß vil Rechts-Lehrer einer anderen Meynung seyn. Es ist auch bey allen Verjährungen der Dienstbarkeiten in Acht zu nemmen, daß einer sich derselben nicht etwann aus Nachbarlichen Vertrauen, oder Freundschafft, sondern in Meynung, daß er dessen befugt, und berechtigt, gebraucht habe.

Summaria.

1. Ob nicht zu Verjährung der *Servitutum continuarum* 10. oder 20. Jahr genug seyen?
2. und 4. Ob zu diser Verjährung ein Titul erfordert werde?
3. Ob die Wissenschafft und Gestattung des Gegentheils und zwar beständig erfordert werde?
5. Ob nicht eine erkauffte Dienstbarkeit inner 5. oder 10. Jahren verjährt werden, wie andere cörperliche Sachen?
6. Inner was Zeit die *Servitutes discontinuæ præscribirt* werden, und was zu einer unfürdencklichen Verjährung erfordert werde?
7. Ob nicht bey Verjährung *Servitutis discontinuæ* mit 10. und 20. Jahren nicht allein des Gegentheils Wissen, und Gedulden, sonder auch die Ankunfft oder Titul erfordert werde?
8. Ob die blosse *Allegi*rung des Tituls oder Ankunfft genug seye, wann schon nicht erwiesen wird, was solcher für einer seye, und von wem herkomme?
9. und 11. Ob in diser *Præscription* der gute Glauben nöthig seye?
10. Warum in disem Art. eine *Servitut* in einer längsten Zeit zu *præscribiren* 40. Jahr erfordert werden, und nicht 30. Jahr oder mehr erklecken?
12. Was für eine *Præscription* seyn müsse bey Verjährung der *Servituten* wider eine Kirchen?

1. WAs nun das dritte anbelangt, ist nach Innhalt dises Art. zu Verjährung der Servitutum continuarum, die Zeit von 10. oder 20. Jahren, wie wir gehört haben, Krafft unserer Bayrischen Statuten genug, in welchem sie mit dem gemeinen Recht über eins kommen, Krafft des Sentenz des J. C. Pauli in L. 14. ff. de servit. L. calculi erroris 8. ff. de adminiſt. rer. &c. L. in omnibus. §. 1. ff. de diverſ. & temporal. præscribt. L. penult. Cod. de præscript. long. temp. Aus welchem erhellet, daß der Umlauff langer Zeit unter Gegenwärtigen auf 10. und unter Abwesenden auf 20. Jahr bey cörperlichen Sachen eingeschränckt und gesetzt worden, welches nach der Hand die Kayser in L. 1. & 2. Cod. de servit. & aq. & L. unica Cod. de usucap. transform. auch auf die Dienstbarkeiten, und uncörperliche Sachen erstreckt haben.

2. Eine höhere Frag ist, ob die Servitutes continuæ allein durch Verlauff 10. oder 20. Jahren verjährt werden, oder ob auch zugleich ein rechtmässiger Titul erfordert werde? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen in L. ult. Cod. de præscript. long. temp. der Justinianus sagt, daß eben jenes bey der Verjährung uncörperlicher Sachen oder Dienstbarkeiten müsse observirt werden, was erfordert wird bey Præscribirung cörperlicher Sachen; aber bey cörperlichen Sachen wird neben Umlauff der Zeit auch erfordert ein tauglicher Titul, wird also solcher auch bey denen Dienstbarkeiten erfordert. Aber unser Art. macht ausdrucklich den Schluß, daß bey Præscription mit 10. Jahren unter Gegenwärtigen und 20. Jahr unter Abwesenden, was die Servitutes reales continuas betrifft neben Umlauff der Zeit kein Prob des Tituls erfordert werde, Krafft der Wort: Aber den Titul oder Ankunfft derselben ist man zu erweisen nicht schuldig. Sehr starck zwar thun sich dem gemeinen Recht nach widersetzen Stottoman. lib. 8. observ cap. 11. Conan. lib. 4. comment. cap. 20. und andere bey Tyraquell de præscript. §. 1. Gloſs. 4. verſ. 24. & 39. und bey Vasquio. Illustr. quæst. lib. 2. cap. 78. Weilen aber unser Art. klar ist, so muß man ohnerachtet solcher Widersetzung bey dessen Innhalt verbleiben, wir machen auch hier unter dem gemeinen und unsern Land-Recht keinen Unterschied, weil unsers Erachtens eben dises, was unser Art. verordnet, gantz klar verordnet ist, in L. 10. ff. si servit. vind. wo Ulpianus sagt, wann einer durch lange Verjährung das Recht Wasser zu schöpffen erhalten hat, der hat nicht nöthig, solches Recht zu erweisen, wie es ihme zugekommen als etwann durch ein Legat, oder auf andere Weiß, sondern hat eine Actionem utilem, daß er zeige, durch so vil Jahr (das ist durch 10. Jahr unter Anwesenden und 20. Jahr unter Abwesenden) in der Possession nicht mit Gewalt, noch heimlich oder nur precariò aus guten Willen gewesen zu seyn, wo Barthol. disen Text also zusammen zieht, bey Præscribirung der Grund-Dienstbarkeiten wird kein Titul erfordert, welches auch die Glossa marginalis und supermarginalis bejahet, wo beygesetzt wird, daß auch der Titul aus Noth nichtmahlen allegirt werden

den müsse. Balb. in tract. de præscript. part. 4. quæst. 2. Es stimmen auch ein die Text in L. 1. §. fin. ff. de aq. pluvia. arcend. & L. fin. ff. de itin. act. priv. auf das oben angeführte Argument ex L. ult. Cod. de præscript. long. temp. wird geantwortet, daß alldort Kayser Justinianus von einem Titul keine Meldung thue, sondern allein diß erfordere, daß die Possession in guten Glauben angefangen werde, dann der böse Glaub beschändlet alle Præscription, wir mögen von der Præscription cörperlicher oder uncörperlicher Sachen handlen. Hernach ist des Kaysers Justiniani und dessen bemeldter Verordnung Absehen nicht gewesen, dasjenige, was zuvor auch Gutthat des Prætoris bey Verjährung der Dienstbarkeiten, und uncörperlichen Sachen verordnet worden, umzukehren, sondern denen Verjährungen uncörperlicher Sachen auch eine rechtliche Authorität beyzulegen: Und dahero sagt der Text in dict. L. si quis 10. ff. si servit. vind. daß der quasi Possessor einer Dienstbarkeit durch 10. oder 20. Jahr die Actionem utilem erlange, weil dem Besitzer einer cörperlichen Sach mit dem Titul die Actio directa zustehet. Warumen aber unsere Land-Recht mit dem gemeinen Recht bey Verjährung cörperlicher Sachen einen Titul erforderen, und nicht bey Præscribirung der Dienstbarkeiten, ist die Ursach, weilen die Præscription mit dem Titul auch geschehen kan ohne des Gegentheils Wissen, und Zugebung, welche Wissenschafft und Zugebung doch bey der Verjährung der Dienstbarkeiten nothwendig ist, und dahero thut die Wissenschafft und Zugebung des Gegentheils bey Præscription der Dienstbarkeiten den Titul ersetzen. Vid. Classen dict. conclus. 21. Wo er dise schwere und verwirrte Controvers, wie ers nennet, doch mit einem Mißtrauen standhafft aufflößt, und des fürnehmen Rechts-Gelehrten Sylo Approbation anführt, wann D. Clossen. unsere Land-Recht wurde bey Handen gehabt haben, welche 5. Jahr vor seinem Tractat herausgegangen, so wurde er in disem unsern Art. gefunden haben, daß die Bayrische Rechts-Gelehrte zur selben Zeit seine Meynung geführt haben, daß zu Præscribirung Servitutis continuæ allein der Umlauff 10. oder 20. Jahren ohne Probirung eines Tituls genug seye, und also grosser Männer Meynungen, wann sie schon weit von einander entlegen seynd, offt über eins stimmen.

3. Und obwohlen 5. auch der Rechts-Gelehrten gemeine Meynung und Sentenz ist, daß zu Erlangung der Dienstbarkeiten durch 10. oder 20. jährigen Gebrauch nichtmahlen das Wissen erfordert werde, Krafft des Text in L. ult. Cod. de præscript. long. temp. wo Justinianus, nachdem er gesagt hat, daß auf das Wissen oder nicht Wissen des Gegners nicht zu sehen seye, sogleich beysetzt, daß eben diß zu beobachten seye, bey uncörperlichen Sachen, da er schreibt: Daß eben diß zu beobachten seye, wann die Sachen kein Corpus haben, was Rechtens ist, gleich die Nutz-Niessung und übrige Dienstbarkeiten seynd. Aber unser Art. erfordert ausdrucklich die Wissenschafft, und Zugebung, in denen Worten: Muß man noch ferner beweisen, daß der Gegentheil solchen Gebrauch der Dienstbarkeit gewußt, und denselben gedultet, zugesehen, und gestattet hab. Dises kommt ohnerachtet des L. ult. Cod. de præscript. long. temp. unsers Erachtens mit dem gemeinen Recht handgreifflich über eins, dann in L. si aquam. 2. Cod. de servit. & aq. wird gesagt, daß einer alsdann die Dienstbarkeit des Wassers nach Exempel unbeweglicher Sachen seiner Zeit erlangt habe, wann er des Martialis Wasser mit seinen Vorwissen geführt hat. Ein gleicher Text ist in L. 1. §. ult. ff. de servit. rust. præd. wo zu Verjährung einer Dienstbarkeit die Zugebung erfordert wird; die Zugebung aber kan ohne Wissenschafft nicht seyn, weilen jener gesagt wird, daß er etwas gedulte, welcher Wissenschafft hat. L. qui patitur. ff. mandati. Ein anderer und gar klarer Text ist in L. etsi fortè. 6. §. sciendum. 1. in fin. ff. si servit. vind. wo Ulpianus sagt, wann ich schon mit des anderen Zusehen gebaut hab, so bin ich Possessor des Gebäus. Obwohlen also der Titul nicht nothwendig ist, so ist doch nothwendig des Gegners Zulassung. Eben dises sagt in der That Ulpianus in dict. L. si quis 10. ff. si servit. vind. weilen er die Actionem utilem jenem, der lange Zeit das Wasser zu führen in Besitz gehabt hat, anderst nicht zulaßt, als wann ers beweißt, daß er den Gebrauch nicht mit Gewalt, nicht heimlich oder precariò aus gütlicher Zulassung besessen habe, welche Wort ja des Gegentheils Wissenschafft und Gedult erforderen. Auf den Text in L. ult. Cod. de præscript. long. temp. wird geantwortet, daß Justinianus in sensu accomodo alldort zu verstehen seye, das ist, daß alles beobachtet werden müsse bey Verjährung uncörperlicher Sachen, was beobachtet wird bey cörperlichen Sachen. Wann nicht die uncörperliche Sachen schon zuvor in den Rechten eine andere Verordnung haben, wie die Præscription der Dienstbarkeiten, welche besagter massen die Wissenschafft und Zugebung des Gegners ausdrucklich erfordert, und mit solchem Nachdruck, daß die Glossa ad dict. L. si

aquam

aquam. 2. Cod. de servit. & aq. ausdrucklich sagt, daß in disem der Haupt-Unterschied und Verjährung der cörperlichen und uncörperlichen Sachen seye. Diß approbirt auch Antonius der Kayser in L. si aquam Cod. de servit. & aq. wo gesagt wird, daß die Servitus aquæductûs in 10. Jahren unter gegenwärtigen, und 20. Jahren unter abwesenden nach dem Exempel anderer liegenden Güther erworben werde, und doch wird alldort erfordert die Wissenschafft dessen, wider welchen præscribirt wird. Es ist also die Verjährung uncörperlicher Sachen nicht in allen Stucken der Verjährung cörperlichen Sachen gleich, weilen bey Verjährung cörperlicher Sachen die Wissenschafft dessen, wider welchen præscribirt wird, nicht nöthig ist, wie wir gantz recht gesagt haben, daß das Gesatz des Justiniani die Præscription uncörperlicher Sachen allein mit der Præscription cörperlicher Sachen vergleiche, wann wegen den uncörperlichen Sachen nichts besonders verordnet ist. Eine andere Antwort wird kurtz hernach folgen; Es erkleckt auch die Antwort einiger nicht, welche sagen, daß zu Verjährung der Dienstbarkeiten auch die Possessio vel quasi erfordert werde, wie zu Præscribirung cörperlicher Sachen; aus welchen sie schliessen, daß, weilen bey uncörperlichen Sachen die Possessio anderst nicht kan erlangt werden, als durch die Wissenschafft und Zulassung des Gegners handgreifflich folge, daß, nachdeme ein solche quasi Possessio durch die Wissenschafft des Gegners zu Anfang eingeraumt worden, nachgehends zu Erfüllung der Præscription in dessen Nachfolger die Wissenschafft nicht mehr erfordert werde, wider welchen præscribirt wird: wann schon der Nachfolger in der gröbsten Unwissenheit ist, zur Gleichnuß der Præscription cörperlicher Sachen, welche den Anfang nimmt vom Titul, aber nachgehends auch wider die Unwissende laufft. Dann unser Art. thut handgreifflich nicht allein reden von des Gegners Wissenschafft und Zulassung zu Anfang der Præscription, sondern auch sagen, daß solche zu dessen Fortsetzung nöthig sey, Krafft der Wort: Daß der Gegentheil solchen NB. Gebrauch der Dienstbarkeit, das ist, den ohnunterbrochnen Gebrauch, gewußt, gedultet, zugesehen, und gestattet habe. Welche Wort bey einem unwissenden Nachfolger sich nicht verificiren; Es wird also unsers Erachtens eine beständige Wissenschafft des Gegentheils erfordert, welche zwar, wann einmahl verhanden ist, in derselben Persohn allzeit verhanden zu seyn præsumirt wird, nicht aber in der Persohn des Erben, und Nachfolgers, welcher von des Vorfahrers Facto nichts wissen kan. Diß bestättigen die obenallegirte Gesatz, und sonderheitlich der Text in L. 10. ff. si servit. vind. wo Ulpian. 1. nichts von der Wissenschafft des Anfangs, sondern von der Wissenschafft und Zulassung des ohnunterbrochnen Gebrauchs, und 2. nicht von der Wissenschafft eines augenblichlichen Gebrauchs, der in erster Erlangung bestehet, sondern von Wissenschafft ohnunterbrochnen Gebrauchs, (wie die Formalien des Gesatz lauten) durch so vil Jahr, das ist, durch 10. oder 20. Jahr, und in der That durch die gantze Zeit der Ordinari-Præscription redet.

Man wird fragen, weilen wir bißhero gesagt haben, daß die Præscription einer ohnunterbrochnen Dienstbarkeit keinen Titul, sondern die blosse Wissenschafft und Zulassung des Gegners erfordere, welche anstatt des Tituls ist, ob also die Verjährung einer ohnunterbrochnen Dienstbarkeit auf keine Weiß mit einem Titul geschehen könne? Und wir antworten, daß in den Rechten niergends verbotten seye, daß nicht dergleichen Præscription mittelst eines Tituls geschehen könne. Und von disem Casu verstehet Classen. loc. cit. daß der Text in L. ult. Cod. de temporal. præscript. rede, also daß des Kaysers Justiniani Absehen gewesen, die Præscription der cörperlicher und uncörperlicher Sachen gegen ander gleich zu halten, wann sie auch mit dem Titul gleich seynd. Welches eine erleichte und zugleich hochgelehrte Resolution ist, welche zu Auslegung unsers Art. sonderheitlich zu mercken ist. Wir sagen also, daß diser Unterschied in Rechten gegründet seye, ob sich einer in der Præscription einer ohnunterbrochnen Dienstbarkeit mit oder ohne Titul gründe. Im ersten Fall hat des Justiniani Sentenz in dict. L. ult. Cod. de tempor. præscript. Platz, daß, gleichwie in cörperlichen Sachen die Wissenschafft und Zulassung des Gegentheils nicht nöthig ist, also auch solche nicht erfordert werde bey denen Dienstbarkeiten. In dem anderen Fall ist anstatt des Tituls die Wissenschafft und Zulassung des Gegners und zwar nicht allein zu Anfang der Præscription, sonder bey Fortsetzung derselben durchgehends nöthig, und diser Unterschied hat fürwahr Grund. Es handlet zwar diß Orts der Durchleuchtigiste Gesatz-Geber nichts von der Præscription einer Dienstbarkeit mit dem Titul, aber eben darum, weilen in besagtem L. ult. Cod. de tempor. præscript. Die Præscriptiones der cörperlichen und uncörperlichen Sachen einander gleich gehalten werden, wird darfür gehalten, daß auch dise Controvers der Verordnung des 9 Tit der Land-Recht, wo wir von der Præscription cörperlicher Sachen

4.

chen weitschichtig gehandlet haben, überlassen worden seye. vid. Gomez tom. 2. cap. 15. n. 27. Wo er die Præscription mit dem Titul zum Ausschluß der Wissenschafft und Zulassung ausdrucklich approbirt. Aus welchem

5. Folgt 6. daß auch eine mit dem Titul eines Kauffs erworbene Dienstbarkeit in 5. Jahren unter Gegenwärtigen, und 10. Jahren unter Abwesenden præscribirt werde. Die Ursach ist klar, weilen in unsern Vatterland die Verjährungs-Zeit, was die cörperliche Sachen betrifft, auf solche Jahr eingeschränckt ist, muß also auch auf solche Zeit in uncörperlichen Sachen eingeschränckt bleiben. Wir haben gesagt, was den Titul eines Kauffs oder Verkauffs betrifft: Dann, gleichwie wegen anderen Tituln in oballegirten 9. Titul von der Verordnung des gemeinen Rechts wegen denen cörperlichen Sachen nichts abgeändert worden, also auch ist bey Præscription uncörperlicher Sachen und Dienstbarkeiten nichts abgeändert worden. Ein anderes ist zu sagen, Krafft eben jener Regul, daß die Verjährungen der cörporlichen und uncörperlichen Sachen allein einander verglichen worden, und deßwegen die Verjährungen uncörperlicher Sachen nicht besser seyn sollen, als der cörperlichen Sachen.

6. Jetzt 7. schreiten wir zu denen Verjährungen der Servitutum discontinuarum, von welchen schon oben gesagt worden, daß sie durch die Verjährung anderst nicht erlangt werden, als in solcher Zeit so unfürdencklich ist, und dise Præscription wird unfürdencklich genennt, welche die Krafft eines Privilegii, Tituli, und Constituti hat, daß in solcher nicht nöthig ist, daß der Besitzer von seiner Ankunfft, oder von der Wissenschafft und Zulassung des Gegentheils etwas erweise, weilen, wie der Art. redet, so lange Zeit solch alles erfüllet, weil ein so lange Zeit dises alles ersetzt.

Was aber erfordert werde, eine unfürdenckliche Zeit zu erweisen, werden wir an einem anderen Ort sagen, unterdessen ist zu lesen Mynsing. cent. 1. obser. 30. Gail. 1. obser. 11. n. 13. And. Gabr. de præscript. concluſ. 1. lib. 5. und insonderheit was die Dienstbarkeiten betrifft Hartman. de servit. observ. 3.

7. Wann einer aber 8. anführt, er habe eine Servitutem discontinuam mit dem Titul 10. Jahr unter gegenwärtigen, und 20. Jahr unter abwesenden besessen, der ist nach Innhalt dises Art. anderst nicht anzuhören, ausser er erweise den Titul werckthätig (weil die blosse Allegirung nicht genug ist) und zugleich auch des Gegners Wissenschafft und Zulassung.

Wann einer aus denen Artituln unserer Land-Recht schwer und verwirrt ist, so ist diser der erste. Dann siehe, die Wort lauten also: Es wäre dann, daß einer zu Behauptung einer solchen unterbrochenen Dienstbarkeit sich auf ein Verjährung von 10. oder 20. Jahren wolte gründen, im solchen Fall muß er nicht allein einen zu der Verjährung tauglichen Titul, sondern auch, daß der Gegentheil sein Innhaben und Gebrauch der Dienstbarkeit gewußt, zugesehen, und geduldet habe, beweisen. Und kurtz hernach: Aber in disem Fall ist nicht genug die Ankunfft oder Titul allein schlechtlich anzuziehen, sondern derselbe muß auch erwiesen werden. Aus disen Worten nun, damit wir selbe klar auslegen, folget.

Erstlich, wahr zu seyn, was wir zuvor im ersten Theil dises Art. gesagt haben, daß die Præscription von 10. oder 20. Jahren bey ohnunterbrochnen Dienstbarkeiten auch ohne Titul genug seye, weilen die Wissenschafft und Gedultung des Gegners den Titul ersetzt. Dann, weilen Krafft der angezogenen Worten die Verjährung von 10. oder 20. Jahren auch bey Verjährung der unterbrochnen Dienstbarkeiten mit samt dem Titul zugelassen wird, warum soll sie nicht auch bey denen ohnunterbrochnen Dienstbarkeiten zugelassen werden können, weil nach Innhalt des vorgehenden Art. die Præscription der ohnunterbrochen Dienstbarkeit leichter ist, als die Præscription einer unterbrochnen Dienstbarkelt?

Und dahero 2. werden bey Præscription einer unterbrochnen Dienstbarkeit zwey Stuck erfordert, nemlich, daß nebst Umlauff der 10. oder 20. Jahren nicht allein des Gegners Wissenschafft und Gedultung, sonder auch die Prob des Tituls verhanden seye. In welchem die ordinari Præscription von 10. und 20. Jahren bey einer ohnunterbrochnen und unterbrochnen Dienstbarkeit einen sehr grossen Unterschied macht; weilen, wann neben denen 10. oder 20. Jahren auch der Titul vorhanden ist, bey der ohnunterbrochnen Dienstbarkeit die Wissenschafft und Gedult des Gegners nicht mehr nöthig ist; aus Ursach, weil die Præscriptio mit dem Titul in cörperlichen Sachen Platz hat wider den Unwissenden, also auch bey ohnunterbrochnen Dienstbarkeiten, weilen in disem sie Krafft des Text. in lib. ult. Cod. de Præscript. long. temp. gleich gehalten worden. Unser Art. aber erfordert auch neben dem Titul, und Verlauff 10. oder 20. Jahren bey denen unterbrochnen Dienstbarkeiten ausdrucklich die Wissenschafft und Gedult des Gegners, ergò.

In

8. In disem aber 3. ist eine Beschwernuß, weilen der Art. die blosse Allegirung des Tituls als eine nicht genugsamme Sach verwirfft, und eine wahre Prob haben will; wie dise Wort eigentlich zu verstehen seyen? Wann wir sagen, daß Krafft solcher Wort der Titulus putativus, welcher von einem der nicht Herr gewesen, erhalten worden, nicht genug seye, sonder ein Titul vom warhafften Herrn erfordert werde, welcher rechtmässig erwiesen ist. So folgt dise Absurdität, weil unser Art. neben dem Titul auch die Wissenschafft und Gedult des wahren Herrns erfordert, daß der wahre Herr, so die Dienstbarkeit verkaufft oder veräussert, zur Wissenschafft und Gedult verbunden werde, als hielten wir gleichsam darfür, daß er nicht bey seye, und nicht wisse was er thue, da er verkauffe.

Dann wann der Herr selbsten ihme eine Dienstbarkeit bestellet, so bist du umsonsten wegen der langen quasi possession sorgfältig, dann also gleich von Zeit der Tradition bist du schon Herr über die Dienstbarkeit worden. Wie gantz recht sagt der vortreffliche Mann Ferd. Weizenecker. Es kan also unser Art. von nothwendiger Prob des Tituls nicht verstanden werden, welchen einer vom wahren Herrn hat. Aber hingegen, wann wir sagen, daß unser Art. unter Erforderung der Tituls-Prob den Titulum putativum verstehe, welchen einer hat von dem, der nicht Herr ist, so widerspricht sich unser Art. selbsten, weilen er andere Rechts-Gelehrten Sentenz verwirfft, sagend, ohneracht, daß vil Rechts Lehrer einer anderen Meynung seyen. Weilen jedoch schier alle in dem über eins kommen, daß die blosse Tituls-Allegirung nicht genug sey, sonder über das erfordert werde, daß einer der festen Meynung seye, daß er reinen Titul, den er allegirt, vom wahren Herrn habe, dann ein solcher, der vermeynt, er habe einen Titul vom wahren Herrn, und die Servitus mit Wissen und Gedult des Gegners gebraucht, welchen er nicht weißt, daß er Herr seye, der hat eine gerechte Ursach seines Fehlers, welche nach allgemeiner Lehr der DD. zur Præscription genug ist; und es scheint, daß von diser Lehr unser Art. nicht vil abweiche. Dann die Prob eines wahren Tituls, so vom wahren Herrn herstammet, wann die Tradition geschehen, eignet von Rechts wegen die Servitut zu, also daß kein Præscription nöthig ist, aber die Prob des Tituls, so von jenem herkommt, der offenbahr Herr nicht ist, ist wegen besten Glauben nichtsnutz, ist also dises übrig, daß einer probire, er habe einen Titulum, den er bißhero allzeit vermeynt hat vom rechten Herrn gehabt zu haben. Wann nun einige Rechts-Gelehrte der Meynung seynd, daß die blosse Allegirung des Besitz, und des Tituls, wann schon der Besitzer weder sagt, noch sagen oder probiren kan was für einen Titul und von wem er solchen habe, zur Præscription einer unterbrochnen Dienstbarkeit genug seye, dise verwirfft unser Art. jene nicht, welche den wahren Titul von einem vermeyntlichen Herrn haben, allegiren, und probiren, wann nur der Besitzer in der Meynung gewesen, er habe den Titul vom rechten Herrn. Mit einem Wort, die blosse Allegirung des Tituls, wann er nicht erwiesen wird, was für einer er seye, und woher er komme, wird von unsern Land-Rechten verworffen, weilen sonst ein jeder ihme weiß nicht was für Titul erdichten könnte; weilen aber die Allegirung des Tituls nach der Gelehrten gemeinen Meynung ein in der Sach gegründetes Fundament haben muß, so ist diß also zu verstehen, daß der Besitzer in der standhafften Meynung seye, daß er den Titul vom warhafften Herrn habe. Krafft diser Auslegung nun weichen unsere Land-Recht weder vom gemeinen, noch von der Rechts-Gelehrten Auslegung in so weit ab, daß ein Unterschied zwischen dem gemeinen und unsern Land-Recht zu machen nicht nöthig ist. Diß aber ist sonderheitlich zu mercken, daß wir allzeit gesagt haben, daß der Besitzer einer unterbrochnen Dienstbarkeit in der Meynung seyn müsse, daß der solche vom wahren Herrn habe.

Dann diß ist 9. das haupt Fundament, daß in diser Verjährung, wie in jedwederer anderen der gute Glaub nothwendig seye, wann schon von solchem unser Art. kein Wort meldet, gleichwie wir auch in Tit. 9. der Land-Recht, wo wir von Grund-Dienstbarkeiten gehandlet haben, den guten Glauben für den Grund-Stein gesetzt haben, obwohlen alldort vom guten Glauben wenig Wort gefunden werden: dann weilen besagter massen der Titul, so vom wahren Herrn herstamt, von Rechts wegen die Dienstbarkeit zueignet, und keine Verjährung nöthig ist, also auch ist der Titul, der vom rechtmässigen Herrn nicht herkommt, jenem, der solchen wissendlich empfangen, nichtsnutz, wegen bösen Glauben, welcher alle Præscription auf ewig beschändlet. Es gezimmt sich also, daß der Besitzer unterbrochner Servitut, wann er schon einen Titul hat, darfür halte, daß er solchen vom wahren Herrn habe, sonsten die Prob des Tituls, welche hier erfordert wird, kein Krafft hat. 9.

Was ist aber 10. zu sagen von der Præscription von 30. oder 40. Jahren? Dem gemeinen Recht nach werden alle cörperliche beweg- und unbewegliche Sachen 10.

ohne Ansehung des gut oder bösen Glauben inner 30. Jahr præscribirt. L. 1. & 3. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum. Gleichwie nun die Verjährungen in cörperlichen Sachen Krafft des Text in L. ult. Cod. de præscript. temp. verglichen seynd denen Verjährungen in uncörperlichen Sachen, also scheinet, es seye zu sagen, daß auch die uncörperliche Sachen ohne Titul in 30. Jahren verjährt werden. Aber unser Art. thut bey Verjährung einer ohnunterbrochnen Dienstbarkeit zudeme, daß weder die Prob des Titul, noch die Prob der Wissenschafft und Gedult des Gegners nöthig seye, 40. Jahr erforderen, daß also die disjunctirte Uberschrifft des Tit. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum nichts fruchtet, sonder muß die in unsern Art. entworffne Zeit der 40. Jahr aufs Nägele beobachtet werden, woraus folget, daß wann einer ohne Titul, oder ohne Wissen und Gedult des Gegners, welche in beyden Fall mit der Zeit von 10. oder 20. Jahren die ordinari Præscription ausmacht, 39. Jahr lang ein unterbrochnen Servitut in Besitz gehabt hat, die Præscription noch nicht erfüllt wäre, weilen just 40. Jahr erfordert werden, und also der Gegentheil, der um die Sach nichts gewußt hat, vor verloffner vollständiger Zeit die Præscription umstossen könne.

Bey Erwerbung deren unterbrochnen Dienstbarkeiten aber seynd auch 40. nicht genug, es mögen die neuere Rechts-Gelehrte zum Widerspihl sagen, was sie wollen, welche disen Unterschied unter denen ohnunterbrochnen, und unterbrochnen Dienstbarkeiten, welcher in unsern Land-Recht approbirt worden, gäntzlich verwerffen.

11. Wir widerhollen zum Beschluß dises Art. obwohlen, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, dem gemeinen Recht nach zur Præscription von 30. oder 40. Jahren weder ein Titul noch ein guter Glauben erfordert wird, doch die Geistliche Recht diß nicht approbiren, weilen sie keine aus nichtmahlen ein hundert-jährige oder unfürdenckliche Præscription mit bösen Glauben zulassen. cap. fin. X. de Præscript. von darumen, weilen was immer keinen guten Glauben hat, Sünd ist, und was immer einem bekannt ist, daß er fremde Sach besitze, er solches zuruck geben muß. Can. si quod 3. quæst. 1. Lese doch den Pet. Classen. de servit. conclus. 15. wo er zwar nicht redet von Erlangung, sonder von Aufhebung einer Servitut, und schließt, daß wenigist die Servitutes rusticæ durch das blosse nicht Brauchen verlohren werden, also daß der, so præscribirt, zu Erhaltung der Freyheit keinen guten Glauben nöthig habe, sondern die blosse Nachlässigkeit des Gegners, der die Servitut nicht begehrt und nicht braucht genug seye; worüber wir Anstand haben, und wir werden villeicht solches anderstwo standhafft widerlegen.

Zum Beschluß sieht der geneigte Leser, daß bey Verjährung der Dienstbarkeiten wider eine Kirch oder andere milde Stifftung wir keinen grossen Unterschied machen müssen, von der Præscription weltlicher Güther, dann bey denen unterbrochnen Dienstbarkeiten ist auch weltlichen Personen kein andere als die unfürdenckliche Præscription ohne Titul zugelassen; ist also auch bey Kirchen-Güthern kein andere genug: Weil ein geringere Præscription wider eine Kirch nicht Platz finden kan, als die wider einen privat-Menschen laufft, obwohlen in Krafft der Meynung derjenigen, welche den Unterschied unter denen ohnunterbrochnen und unterbrochnen verwerffen, folget, daß anderstwo, wo die Bayerische Recht nicht gelten, die Kirchen schlechter seyen, als bey uns die privat-Leuth, was die Præscription der unterbrochnen Dienstbarkeiten betrifft. Weil dise ihrer Meynung nach wider eine Kirch in 40. Jahren erfüllet werden kan, welche doch bey uns in solcher Zeit wider die privat-Leuth nicht vollbracht wird. 12.

Was aber die Præscription von längster Zeit mit 30. Jahr anbetrifft, so ist bey ohnunterbrochnen Dienstbarkeiten, Krafft dises Art. ohne Titul, oder Wissenschafft und Gedult des Gegners auch in weltlichen Sachen die Zeit von 30. Jahren nicht genug, sonder werden 40. gantze Jahr erfordert, welches auch der Termin ist einer Præscription wider eine Kirchen. Ist also allein diß zu beobachten, daß die übrige Verjährungen aller Dienstbarkeiten von einer ordinari Zeit wider eine Kirch nicht, ausser die 40. järige Platz habe; wovon wir anderstwo schon eine Meldung gethan haben.

Der sechste Articul.

Wiewohl, wann der Stritt allein um das Gegenwärtige Innhaben einer Dienstbarkeit ist, von Rechts wegen nicht nöthig wäre, die Verjährung vollkommentlich zu beweisen, dieweil aber solche Irrung und

Stritt

Stritt mehrer theils zwischen dem gemeinen Bauers-Mann entstehen, und sie hiedurch offtermahls in grosse Unkosten, und Schaden, auch langwierigen, und doppelten Proceß kommen, wann man Anfangs allein um das blosse Innhaben streitet, so soll fürterhin keiner zu Beweisung gelassen werden, er articulier dann klärlich das Innhaben so viler Zeit, als zu Verjährung jeder Dienstbarkeit nothwendig, und in den nechst vorgehenden zweyen Articuln unterschiedlich gesetzt, und geordnet ist. Es soll auch ein jeder Richter in den Stritten, welche wegen der Grund-Dienstbarkeiten entstehen, solche Beweiß-Articul, welche den erst-gedachten Articuln nicht gemäß, so wohl in Summarischen als ordentlichen Proceß Amts halben, wann gleich der Gegentheil darwider kein Einred hätte, verwerffen, und darüber mit weiterer Handlung, ehe zu vor die Articul formlich gestellt, nicht verfahren. Thätte er solches nicht, und kämen darüber die Partheyen durch vergebentliche Proceß zu Schaden, soll er beyden Theilen solchen erstatten und abthun. Doch dargegen auch, wo die Beweiß Articul formlich, und nach Ausweisung erst vorgehenden zweyer Articuln gestellt seyn, soll Richter, wo nicht andere erhebliche Einreden fürgebracht wurden, solche Amts halben zu lassen, und sich fürderlichen Proceß hierinnen befleissen. Es ist aber diser Articul so vil darinnen wider gemeine Recht, zu Abkürtzung der Strittigkeiten geordnet, allein auf die Grund-Dienstbarkeiten, und weiter nicht zu versthen.

Summaria.

1. Welche Ursachen seynd warum der *Processus possessorius* bey denen Dienstbarkeilen abgebracht worden?
2. Ob diß allein von Grund-Dienstbarkeiten, oder von allen Dienstbarkeiten zu verstehen seye?
3. Ob der Proceß gelte, wann mit dem *Possessorio* das *Petitorium* vermischt wird?
4. Was in *Petitorio* um die *Servitut* zu *probiren* nothwendig beobachtet werden müsse?

WAnn ein Art. in gantzen unsern Bayrischen Land-Recht nutzlich und ersprießlich ist, so wird solchen die Abkürtzung der Stritt-Händel, obwohlen aber nicht der Advocaten eigen Nützigkeit recommendiren: Disen Art. könte Bartholus nicht in kürtzeren Begriff zusammen verfassen, wann er von Todten auferstunde, als solchen D. Caspar. Denich. mein Anno 1625. gewester hochgeehrtister Professor in seinen Thesibus de servituti-
1. bus gethan hat, wo er sagt. Derjenige, der eine quasi Possession einer Servitut zu haben sagt, nach dem Bayrischen Land-Recht nicht angehört werde, ausser er probir, daß er solche præscribirt, oder auf eine andere Weiß erworben habe Zu Anfang dises Art. also ist zu sagen, daß dißfalls ein sehr grosser Unterschied seye
II. unter unsern Land- und dem gemeinen Recht weilen in dem gemeinen Recht niergends die Processus possessorii in Grund-Dienstbarkeiten gefunden werden abgebracht worden zu seyn. Weilen jedoch dises, wie D. Denich. sagt, aus besonderen Ursachen geschehen ist, so wollen wir sehen, was dann dise für Ursachen seyen. Die erste ist, weilen dergleichen Stritt-Händel meistens unter gemeinen und Bauers-Leuthen entstehen, welche unter dem Possessorio und Petitorio keinen Unterschied zu machen wissen, und also 2. in dopplete Unkösten verfallen, weil nach geendten Processu possessorio sie erst das Petitorium ergreiffen müssen, welche beyde Process nichts als grosse Kösten machen können, absonderlich, weilen unsere Baurn in Behauptung ihrer Rechten sonsten sehr hartnägig seynd, daß sie lieber einen grossen Theil von ihren Hoff verhaderen wollen, als dem Nachbarn um ein Haar weichen. 3. Weilen dise Leuth das Possessorium vom Petitorio nicht unterscheiden können, und ihnen meistens einbilden, daß, wann dem anderen die Possession zugesprochen worden, ihnen ein ewiges Præjudiz zugefiegt werde. Entlich 4. weil allzeit die Præsumption streitet für die Freyheit, also daß jener, welcher eine Servitut allegirt, wider die Intention der Rechten handlet, und also billig von der Possession getriben wird, über die Krafft diser Ursachen ist nicht vil zu disputiren, weil man dem Gesatz gehorsamen muß.

Aber

2\. Aber aus disen unsers Art. Ursachen kan billich die erste Frag entspringen, ob dise Aufhebung des Possessorii sich auf alle Dienstbarkeiten erstrecke? Hierauf antworten wir, daß der Art. selbsten zu Ende dise Erleutherung gebe, daß sich dise Verordnung allein auf die Grund-Dienstbarkeiten erstrecke, das ist, wann ein Sach der anderen dienet, und nicht, wann ein Sach einer Persohn dienet, dahero in denen Dienstbarkeiten Ususfructus, usûs und habitationis, weil sie mehr personal als real seynd, jedermann das Possessorium ergreiffen kan. Item weilen vorbesagter massen Krafft der Gelehrten gemeinen Meynung wider Cajacium ein Personal-Servitut erricht wird, wann ein solches Recht, welches eine Grund-Dienstbarkeit sonsten mit sich bringt, wie da ist höher nicht zu bauen, das Traff-Wasser abzuleinen, oder dergleichen zugelassen wird, allein zu Favor einer Persohn auf Leib und Leben-lang: So ist zu sagen, daß bey solchen in der That mehr personal als real Dienstbarkeiten das Possessorium nicht aufgehoben worden. Aus Ursach, weilen die Correction des gemeinen Recht strictæ interpretationis, und also über die Wort der Statuten nicht zu erstrecken ist. Unsere Statuten aber reden in gegenwärthigen Art. allein von wahrhafften Grund-Dienstbarkeiten, wann eine Sach der anderen dienet, und nicht wann eine Sach einer Persohn dienet.

Man wird sagen, daß bey all uncörperlichen Sachen absonderlich bey denen Dienstbarkeiten von darum das Possessorium nicht Platz haben könne, weilen dergleichen uncörperliche Recht nicht können ergriffen: Also auch nicht in Besitz genommen werden. L. si ædes. §. fin. ff. de servit. urb. præd. L. servus §. incorporales. ff. de acquir. rer. Dom. cæpoll. de servit. cap. 4. n. 58. Wir antworten, daß die Wissenschafft und Gedult des Gegentheils für die Tradition gehalten werde, und folglich für die Possession, also daß, wann einer probirt, er seye in quasi possessione diser oder jener Dienstbarkeit mit Wissen und Gedult des Gegentheils, ein solcher gantz recht wider jenen, welcher ihne in seiner quasi possession turbirt, dem gemeinen Recht nach sich des Interdicti retinendæ possessionis bedienen kan. Ja, weilen wir oben gelehrt haben, das Krafft des 3. Art. unter Lebendigen die Dienstbarkeiten mit blossen Tituln erworben werden, wann schon kein Tradition geschehen, so glauben wir, es könne gesagt werden, daß die Interdicta, ad remedia possessoria mit denen Besitzern mit dem Titul zugelassen werden müssen, wann sie schon die Wissenschafft und Gedult des Gegners nicht probiren. vid. Jacob. Menoch. de retinendæ posses. remed. n. 103. & seq.

Und obwohlen Menoch. alldorten das Remedium retinendæ possessionis denen Servitutibus urbanis zueignet, nicht aber denen Rusticis: weilen die Servitutes Rusticæ ihre besondere Remedia possessoria haben, als die Interdicta de itinere, actûque privato, de rivis, de aqua quotidiana, & æstiva &c. also daß anscheinen kan, daß unser Art. allein jene Interdicta aufgehoben habe, welche pro servitutibus rusticis sonderheitlich zustehen, weilen bey Erzehlung der Ursachen, warumen das Possessorium aufgehoben worden, absonderlich der gemeinen und Bauers Leuthen gedacht wird. Dessen doch ohnerachtet vermeynen wir gewiß zu seyn, das Krafft dises Art. bey allen Städtlichen und Veld-Grund-Dienstbarkeiten, die Remedia possessoria aufgehoben worden, weil der Art. zu letst gantz General von den Grund-Dienstbarkeiten redet, also daß er so wohl die Servitutes urbanas, als auch die Rusticas in sich begreifft, und die Ursach des Gesatz so wohl die Burger wie die Bauern einschließt, weil auch dise die Proceß nicht genug verstehen, und offt von hungerigen Advocaten mit grossen Kösten in dopplеten Proceß nemlich Possessorium und Petitorium ein und lange Zeit herum geführt werden. Wir vermeynen also, daß nicht allein die pro servitutibus rusticis, sonder auch pro servitutibus urbanis zustehende Remedia possessoria aufgehoben worden seyn.

Es scheint doch diß seye also zu verstehen, daß die Remedia possessoria allein alsdann nicht zugelassen werden, wann sie sonderheitlich vorgenommen werden, nicht aber wann sie zugleich mit einander mit dem Petitorio proponirt werden. Dann also redet der Art. Wann man Anfangs allein um das blosse Innhaben streittet, also in Widerspihl, wann der Stritt nicht um die blosse Possession, sonder zugleich auch um die Dienstbarkeit selbsten ist, so wird der Proceß nicht verworffen, weil nichts verhindert, daß nicht das Possessorium mit dem Petitorio kan ergriffen werden. 3.

Es gezimmt sich also, daß jener, welcher eine Servitut behaubtet, jenes fleißig beobachte, was in vorigen Art. ohnunterbrochnen, oder zur unterbrochnen Servitut erfodert. als 4.

Erstlich wann einer eine von langer Zeit erworbne ohnunterbrochne Dienstbarkeit probiren will, ist genug, daß er probire, daß er 10. Jahr lang unter gegenwerthigen,

gen, und 20. Jahr unter Abwesenden in beständiger quasi Possession gewesen, und zwar mit Wissen und Gedult des Gegentheils.

Oder wann 2. er einen Titul hat von einem, der nicht Herr gewesen. So ist der Unterschied zu machen, ob es der Titul emptionis oder venditionis, oder ein anderer seye, ist es ein Kauff gewesen, so ist genug, wann man articulirt und probirt 5. Jahr unter Gegenwärtigen, und 10. Jahr unter Abwesenden, bey andern Tituln aber seynd 10. unter Gegenwärtigen und 20. Jahr unter Abwesenden zu probiren, und in diser ordinari Præscription wird neben dem Titul die Wissenschafft und Gedult des Gegners nicht erfordert, aus Ursach, weilen die Verjährungen uncörperlichen Sachen denen Verjährungen cörperlichen Sachen verglichen worden, bey welchen die Wissenschafft und Gedult des Gegentheils nicht erfordert wird. Wie wir schon bey dem 9. Titul der Land-Recht und oben bey disem Art. öffters gesagt haben, wann aber der Besitzer einer ohnunterbrochnen Dienstbarkeit weder den Titul noch die Wissenschafft und Gedult probiren kan.

Alsdann 3. muß man die Zuflucht nemmen zur längsten Verjährung nicht allein von 30. sondern von 40. Jahren, worinn ein Unterschied ist zwischen dem gemeinen und unsern Land-Recht ist. Dann es zweifflet niemand, daß nicht alle uncörperliche Recht ohne Titul, und ohne des Gegners Wissenschafft und Gedult, welche bey cörperlichen Sachen anstatt des Tituls ist, præscribirt werden können inner 30. Jahren. Wesenbec. in paratit. ff. de usucap. n. 7. Beust. ad L. admonendi 31. ff. de jurejur. n. 867. & alii passim. Welche Zeit doch unser Art. bey denen Dienstbarkeiten lediglich auf 40. Jahr erstreckt. diff.

Hernach 4. wann eine unterbrochne Dienstbarkeit in Stritt ist, muß articulirt und probirt werden ein unfürdenckliche Zeit mit all ihren Requisiten, das ist, wann der, so die Dienstbarkeit begehrt, keinen Titul hat.

Wann aber 5. einer einen Titul hat, so ist auch diser (anderst als wir von Verjährung ohnunterbrochner Dienstbarkeit gesagt haben) nicht genug, wann er nicht zugleich mit dem Titul von unfürdencklicher Zeit die Wissenschafft und Gedult des Gegners beweisen und darthun kan. Welch alles wir von darumen in kurtzen Begriff beyrucken wollen, damit der Richter, deme ernstlich aufgetragen wird, daß er von Amts wegen die mangelhaffte Schrifften und Articul verwerffen, auf einen Augenblick sehen kan, ob der Innhalt der Schrifften, und Articuln auf das Possessorium oder Petitorium abzihle, und unsern Land-Recht conform seye oder nicht, damit er nicht, wann er eine unnutze Prob zulaßt, in alle denen Streittenden verursachte Kösten verfällt werde. Wie der Art. dise Betrohung ausdrucklich beysetzt, müssen also die Richter wohl acht geben, ehe sie in Dienstbarkeiten die Procesß erkennen.

Der sibende Articul.

Wann einer auf des anderen Grund, oder Hauß ein Dienstbarkeit gehabt, und hernach solchen Grund oder Hauß eigenthumlich an sich bringt, so ist die Dienstbarkeit erloschen, weil keiner auf seinem eignen Guth ein Dienstbarkeit suchen kan; Deßgleichen erlöscht solche auch durch einen Unbrauch, doch mit disem Unterschied, wann es Dienstbarkeiten seyn, die keinen Unterbruch haben, und der Nachbaur bauet, oder thut etwas, dardurch der ander sein Dienstbarkeit nicht mehr brauchen kan, so thut solche Dienstbarkeit zwischen denen, welche im Land, in 10., und denen so ausser Lands in 20. Jahren erlöschen. Seyn es aber Dienstbarkeiten, die mit Unterbruch gebraucht werden, so ist wieder ein Unterschied zu halten, dann entweders ist einer befugt, solche Dienstbarkeiten nicht jederzeit, wann es die Gelegenheit und Nothdurfft erfordert, sondern allein umgewechslet, und da solche Umwechslung nur auf ein Stund, einen Tag, oder Wochen, um die anderen beschicht, so würdet sie inner 10. zwischen die im Land, und 20. Jahren, zwischen denen so ausser Lands durch Unbrauch verlohren; Hat aber jemand ein Dienstbarkeit allein ein Monath oder Jahr, um das

das ander zu brauchen, so würdet zu Verliehrung derselben doppelte Zeit, nemlich 20. und 40. Jahr erfordert.

Summaria.

1. Auf wie vilerley Weiß werden die Grund-Dienstbarkeiten verlohren?
2. Was für eine Arth seye durch Vermischung?
3. Wann einem durch mehrere Gründ ein Dienstbarkeit gebühret, ob er solche nicht verliehre, wann nicht alle einem Herrn eigen worden?
4. Wann einer ein Guth, in welchem er ein *Servitut* hat, nicht gantz, sondern nur zum Theil erwirbt, ob er durch die Vermischung die *Servitut* verliehre?
5. Was von einem Guth zu sagen seye, welches zur Gemeind kaufft worden?
6. Ob durch Erbschaffts-Antrettung ein *servitut* erlösche?
7. Was Rechtens, wann ein Mann zum Heyrath-Guth einen dienenden Grund erhalten hat, ob die *servitut* erlösche, oder ob sie wieder lebendig werde, wann das Heyrath-Guth des Weibs denen Erben zufallt?
8. und 11. Inner was Zeit durch den Unbrauch die *servitut* verlohren gehe?
9. Ob nicht einer durch den anderen in seinen Nahmen die *servitut* brauchen, und also solche erhalten könne?
10. Ob der Brauch des Mit-*Consorten*, der in der *Compagnie* stehet, deme zu Guten komme, der nicht gebraucht?
12. und 15. Ob es *servitutes rusticas continuas*, und *urbanas discontinuas* gebe?
13. Ob die ohnunterbrochne Dienstbarkeiten durch das blosse nicht Brauchen verlohren werden, oder ob eines Menschen Zuthuung erfordert werde?
14. Ob das menschliche *Factum* auch bey denen unterbrochnen Dienstbarkeit nothwendig seye?
16. Inner was Zeit die unterbrochne Dienstbarkeiten verlohren werden, welche auf gewisse Jahr oder Monath eingeschränckt seynd?
17. Welche Zeit ohnunterbrochen genennt werde?
18. Was Rechtens, wann ein *servitut*, um solche alle 5. Jahr zu gebrauchen, bedungen worden, welcher Gestalten die Zeit des Verlursts verdoppelt werde?
19. Ob man nicht die *Servitut* in Worten und Wercken nachlassen könne?
20. Ob solche Nachsehung so vom Mann, Vormunder oder Pfleger geschehen, zu *Præjudiz* der Haupt-Persohnen gelte?
21. Wie ein *servitut* verlohren werde, wann die Sach zu Grund gehet?
22. Was Rechtens, wann eine Sach zum Exempel ein zerfallenes Hauß wieder erbaut wird, ob auch die *servitut* wieder Platz habe?
23. Was Rechtens, wann einem gewissen Grund eine *servitut* auferlegt worden, welcher nachgehends verändert wird, ob ohneracht solcher Abänderung die alte Dienstbarkeit verbleibe?
24. Wann ein Land-Straß durch einen reissenden Fluß weggerissen worden, ob der nächste Nachbar solche *præstiren* müsse?
25. Welcher Gestalten eine Dienstbarkeit verlohren werde, wann die bedungne Zeit, oder *Condition* sich ergeben hat?

1. BIßhero ist ausgelegt worden, auf wie vilerley Weiß, und welcher Gestalten die Grund-Dienstbarkeiten aufgericht, und erworben werden. Jetzt in disem Art. wird gehandlet, auf was Weiß, und welcher Gestalten sie wieder verlohren werden. Die erste Arth ist, die Vermischung. 2. Der Unbrauch. 3. Die Nachlassung. 4. Die zu Grund-Gehung der Sach. Und 5. Wann die Zeit und Condition sich ergeben hat. Von denen letzteren 3. Gattungen verordnet unser Art. nichts, villeicht, weilen er solche für klar und gewiß haltet. So wol-
2. len also auch wir von denen 2. ersteren Gattungen handlen; Und zwar, was die Vermischung betrifft, sagt unser Art. wann einer in des anderen Grund oder Hauß ein Servitut gehabt hat, und nachgehends eben disen Grund oder Hauß eigenthumlich erhalten hat, die Servitut für erloschen gehalten werde, weil niemand in eignen Guth eine Servitut suchen kan; Seynd die Wort des Art. welcher über eins kommt mit dem Text in L. 1. ff. quemadmodum servit. amitt: Wo Gajus J. C. sagt, die Grund-Dienstbarkeiten werden confundirt, wann beyde Güther ein Herr erhalten hat. L. quidquid 10. ff. commun. præd. Die Ursach ist, weilen ein eigne Sach niemand dienen kan. L. in re commun. 26. ff. de servit. urb. præd.

Was ist aber Rechtens, wann 1. mir eine Weegs-Dienstbarkeit durch mehrere Gründ zustehet, zum Exempel durch den Grund A. B. C. und ich bekomme den Grund B. eigenthumlich ist wohl die Weegs-Dienstbarkeit in solchen erloschen? Und es wird mit Nein geantwortet. Weil die Dienstbarkeit, die durch mehrere Gründ zustehet, eine ist, L. una 8. ff. de servit. præd. rust. Dahero wird es nicht verlohren, wann nicht solche auch durch die übrige Gründ verlohren worden, oder wann nicht alle Gründ zugleich einem Herrn eigen worden. L. tria prædia. 31. ff. eodem. 3.

Man wird fragen, was darunter für ein Nutzen seye? Wir antworten diser, daß, wann zum Exempel ich den Grund B. dem Dritten wieder verkauff, mir die Weegs-Dienstbarkeit durch solchen erhalten

ten verbleibt, weilen durch Erhaltung des Grunds solche nicht verlohren hab.

4. Was ist aber Rechtens, wann 2. ein Grund, in welchem ich eine Dienstbarkeit habe, nicht völlig eigen bekomme, sonder nur zum Theil. Zum Exempel, der Titius und Sempronius haben mit einander einen Acker gemeinschäfftlich, durch welchen ich eine Weegs-Dienstbarkeit hab; ich erwirb den halben Theil dises Ackers, der dem Titio zugehört, eigenthümlich mit rechtmässigen Titul, verliehre ich wohl deßwegen die Dienstbarkeit? Und wir antworten mit Nein, weilen die zu Anfang erworbne Servitut dem gantzen Acker angeklebt hat, und anderst nicht als dem gantzen Grund hat aufgebürdet werden können. L. pro parte 15. ff. de servit. Also auch, wann solche einmahl auf dem gantzen Grund erworben worden, sie nicht verlohren wird, wann ich nicht den gantzen Grund eigen bekomme.

5. Ein anderes ist 3. wann zum Exempel der Titius und Sempronius einen gemeinschafftlichen Grund haben, dem der Cornelianische Grund dienen muß. Dann wann der Titius und Sempronius solch Cornelianischen Grund auch zugleich für gemeinschäfftlich kauffen, so erlöscht die Dienstbarkeit, aus der Ursach, weilen Titius und Sempronius als gemeinschäfftliche Besitzer für ein Persohn gehalten werden. L. si communi. 17. ff. de servit. rust. præd. Und also, weilen sie auch den Cornelianischen Grund gemeinschäfftlich an sich kauffen, werden sie gleichfalls für eine Persohn gehalten, und die Cornelianische Servitut ausgelöscht.

6. Setze aber 4. daß ich in meines Nachbarn Hauß das Recht durchzugehen, oder Wasser zu schöpffen, höher nicht zu bauen, oder dergleichen Dienstbarkeit habe, vorermeldter Nachbar aber mich als einen Universal-Haupt-Erben einsetze, und dem Titio sein Hauß legire, ob ich wohl durch die Erbschaffts-Antrettung den Durchgang, das Recht Wasser zu schöpffen, höher nicht zu bauen, und anderes mehr verliehre, daß mich solcher wider den Legatorium nicht bedienen kan? Und es antwortet Florentin. in L. legatum. 16. §. ult. ff. de legat. 1. daß solcher Grund, wie er legirt worden, müsse gegeben werden, dahero, er mag nun dem Grund des Erben die Servitut schuldig gewesen seyn, oder der Grund des Erben, obwohlen durch Erhaltung des Eigenthums die Dienstbarkeit erloschen ist, so muß das alte Recht restituirt werden, und wann nicht der Legatarius die Ausbürdung der Servitut leidet, so wird ihm auf Begehrung des Legati die Exceptio doli mali entgegen gesetzt. Welches die Wort des Text seynd. Mit welchem einstimmet L. in omnibus 18. oder wie in anderen Büchern solcher anfangt. L. Papinus ff. de servit. Als sagten die Rechts-Gelehrte, obwohlen dem strengen Recht nach, nachdem der Herr, so eine Servitut zu forderen hat, Erb worden, die Servitut confundirt wird, so ist doch der Legatarius schuldig dise Servitut in sein legirtes Hauß zu übernemmen, weil darfür gehalten worden, daß ihm das Hauß in dem Stand legirt worden, in welchem es zuvor gewesen, wann nicht der Erblasser ausdrucklich das Widerspihl verordnet hat. Und also auch ist in dem Casu L. 16. zu sagen; Ein anderes ist in usufructu, welchen der Erb, als Usufructuarius nicht behalten kan, wann der Grund, woraus die Nutz-Niessung gehet, einem dritten legirt worden. Worüber zu lesen ist der Text in L. is cujus 26. L. cum filius 76. §. Dominus. ff. de legatis 2. Wo Papinianus die Ursach gibt, welche wir hier nicht durchsuchen wollen, weil sie hiehero nicht gehört, wo wir allein von Grund-Dienstbarkeiten handlen.

Aber was wir kurtz zuvor vom Grund gesagt haben, der eine Dienstbarkeit præstiren muß, und dem anderen legirt worden, das hat noch die weitere Beschwernuß, weilen, obwohlen Cujac. in dict. L. Papinianus sivè in omnibus 18. ff. de servit. & ibidem Corof. vermeynen, daß ohne Unterschied das Eigenthum der legirten Sach der Erb habe, oder wenigist bey der liegenden Erbschafft seye, folglich durch die Erbschaffts-Antrettung die Servitut confundirt werde, so vermeynen doch andere gemeiniglich, es sey ein Unterschied zu machen, unter einem puren, und conditionirten Legat. In dem puren Legat vermeynen sie, daß auf keine Weiß die Servitut confundirt werde, weil der Erb in keinem Augenblick Herr worden, sondern das Eigenthum der legirten Sach also gleich dem Legatorio zugegangen, Krafft des ausdrucklichen Text in L. legatum. ff. de legat. 2. & L. titio. 64. ff. de furt. Ein anderes ist bey dem conditionirten Legat, bey welchem das Legat biß zum Erfolg der Condition suspendirt wird, und unter dessen das Eigenthum nach angetrettner Erbschafft dem Erben zufallet, und zugleich mit solcher die Servitut confundirt wird, obwohlen nachgehends nach erfolgter Condition, und des Legatorii Declaration die Servitut wieder in vorigen Stand gesetzt werden muß, wie wir oben ausgelegt haben.

Ingleichen ist zu sagen, daß die Dienstbarkeit restituirt werde, wann ein Ehewirth 7.

wirth ein Grund bekommen hat, der dem zum Heyrath-Guth erhaltnen Guth dienen muß. Zum Exempel ein Weib gibt ihrem Mann zum Heyrath-Guth ihr Hauß, welches das Recht hat aus des Nachbars Brunnen Wasser zu schöpffen, oder ein andere dergleichen Dienstbarkeit hat. Wann aber nach aufgehebter Ehe das Heyrath-Guth dem Weib oder ihren Erben wieder zuruck fallt, so wird die Dienstbarkeit Wasser zu schöpffen wieder hergestellt. Die Ursach ist klar, weilen die Dienstbarkeit nicht auf ewig, sondern allein in so lang erloschen wird, so lang der Mann über das Heyrath-Guth Herr ist: Es stehet aber die Servitut wieder auf, wann des Heyrath-Guths Eigenthum dem Weib oder ihren Erben wieder zuruckfalle. L. 7. ff. de fundo dotali. Eben eins ist, wann der Mann des Nachbars eigenthumlich erworbene Hauß wieder veräussert; Dann die zuvor erloschene Dienstbarkeit muß vom Käuffer wieder ersetzt werden, weil der Mann das Heyrath-Guth nicht schlechter machen kan.

8. Was die andere Arth die Servitut zu verliehren anbetrifft, macht unser Art. nochmahlen einen Unterschied unter denen ohnunterbrochnen, und unterbrochnen Dienstbarkeiten. Wann es ohnunterbrochne Dienstbarkeiten seynd, sagt unser Art. daß sie durch den Unbrauch inner 10. Jahren unter Gegenwärtigen, und 20. Jahren unter Abwesenden verlohren werden, doch also, wann der Nachbar, der ein dienendes Guth besitzt, etwas thut, wodurch er den beständigen Gebrauch des anderen unterbricht. Zum Exempel die Dienstbarkeiten einen Last zu tragen, einen Tram ein zu ziehen ꝛc. seynd ohne Disput ohnunterbrochne Dienstbarkeiten, wann jedoch der Nachbar, der ein dienendes Guth besitzt, eine Saul oder sein Mauer veränändert hat, daß nicht mehr darauf gebauet, oder in das alte Loch der Mauer kein Tram mehr eingezogen werden kan, und der Herr deme gedienet werden muß, 10. Jahr in seiner Gegenwart, oder 20. Jahr in seiner Abwesenheit solches nicht widersprochen hat, so ist die Dienstbarkeit durch den Unbrauch erloschen, und verlohren.

9. Gemeiniglich doch sagen die Rechts-Gelehrte, daß die Dienstbarkeit erhalten werde, wann schon einer selbst solche nicht braucht, sondern ein anderer in dessen Namen gebraucht hat, dann wann man setzt, daß einer verreist seye, und in seinem Hauß welches die Servitut oneris ferendi, oder tigni immittendi hat, einen Gespannen, Gast, Inngehaiß, Taglöhner, oder jemand anderen, der in dessen Nahmen das Hauß, dem solche Dienstbarkeit zustehet, in Besitz hat, und des Gegners Anmassungen sich widersetzt, auf die dienende Mauer bauet, den villeicht verrißnen oder verfaulten Tram in des Nachbars Mauer wieder ersetzt, oder zu Erhaltung der Dienstbarkeit für seinen Principalen andere actus contrarios ausgibt, so ist gewiß, daß die Dienstbarkeit durch Unbrauch verlohren zu seyn nicht gesagt werden könne. L. usu 20. & seq. ff. quemad. servit. amitt. Wann schon solcher in besten Glauben gewesen, und des Abwesenden Hauß mit Gewalt, oder heimlich occupirt, und in seinen Nahmen die dem Hauß schuldige Dienstbarkeit exercirt hat. Dann es ist genug, daß in Nahmen des Grunds, dem solche Dienstbarkeit zustehet, solch widriger Act exercirt worden. L. nam satis 6. in prin. ff. eodem.

Diß ist doch wahr, wann wir setzen, 10. daß nur ein Guth seye, dem die Dienstbarkeit zustehet: Dann, wann zum Exempel ich das Recht hab, in meines Nachbars Mauer einen Tram einzuziehen, und eben dises Recht auch ein anderer Nachbar hat, so nutzt mir doch nichts, wann ich in 10. Jahren unter Gegenwärtigen, und 20. Jahren unter Abwesenden durch Verhinderung des Gegners die Dienstbarkeit nicht braucht hab, wann schon mein anderer Nachbar eben dise Dienstbarkeit mit ohnunterbrochnen Brauch erhalten hat. Die Ursach ist, weilen, obwohlen ein Guth ist, welches zuvor zweyen gedienet hat, so ist doch Guth, deme gedient worden, zweyfach gewesen, und also thut des einen Brauch des anderen Nachlässigkeit nicht ersetzen. Ausser man setzte, daß eben dises Hauß von Mehrern gemeinschäfftlich besessen werde: Weilen alsdann solch alle für ein Persohn gehalten werden, also daß jeder aus ihnen für den anderen durch den Gebrauch die Dienstbarkeit in salvo erhaltete. Gleichwie in Gegenspihl, wann unter mehreren Mit-Herren eines Guths, dem ein Dienstbarkeit zustehet, eine Abtheilung geschehen ist, die Gemeinschäfftlichkeit aufhört, und keinem aus mehrern Herrn der Brauch des anderen nutzet, auch, wann einer die Servitut verlohren hat, denen anderen dadurch nichts abgehet, L. aquam. 16. ff. quemad. servit. amitt. Welche Materi doch subtil und kützlich ist, worüber sehr streitten Cujac. und Hottoman. ad L. non satis est. 6. ff. de servit. vid. Waizeneek. de servit. cap. 8. n. 6. & seq. Colleg. argent. sub tit. quemadm. servit. amitt. n. 5. Donel. lib. 11. comment. Jur. civ. cap. 18.

Die neuere Rechts-Gelehrte, welche 11. den Unterschied unter denen ohnunterbrochnen, und unterbrochnen Dienstbarkeiten ver-

verlachen und verwerffen, machen einen anderen, und sagen, daß ein Unterschied seye inter Servitutes urbanas & rusticas seye. Sie wollen, daß die Servitutes rusticæ verlohren werden allein durch dessen Nachlässigkeit, deme solche gebühren, ja auch ohne alle Nachlässigkeit (wann einer villeicht nicht weißt, daß ihme eine Dienstbarkeit zustehe aus blosser Ablassung, oder Unbrauch, auch kein widrige Verrichtung dessen nöthig seye, dessen Grund dienet. Hingegen die Servitutes urbanæ werden alsdann mittelst der Verjährung verlohren, wann der Herr des dienenden Grunds etwas der Servitut zuwider gethan hat, und mittelst des Unbrauchs des Gegners, die Freyheit seines Hauß erworben hat. Welcher Unterschied approbirt wird in L. si partem. 19. §. 1. & L. hæc autem 6. ff. de servit. urb. præd. aber der unsern Art. betrachtet, der wird Hand-greifflich begreiffen, daß dißfalls einige Unterschied unter unsern Land- und dem gemeinen Recht seyen.

12. Dann obwohlen die meiste Servitutes rusticæ unterbrochen seynd, gleichwie ein Weeg-Straß, 2c. doch, daß nicht auch einige Gattungen Servitutum rusticarum seyen, und seyn können, welche ohnunterbrochen seynd, daß kan kaum in Zweiffel gezogen werden. Zum Exempel, wann ich das Recht hab in deinem Grund einen Zaum aufzurichten um das schädliche Vieh von meinen Aeckern auszuschliessen, wann ich pactire, daß mir erlaubt seyn solle, in deinem Grund um des Fluß Gewalt von meinen Aeckern abzuleinen, ein Werck auf zubauen. Gewiß seynd dise Servitutes rusticæ, und zwar ohnunterbrochene. Hingegen, obwohlen die Servitutes urbanæ die mehriste ohnunterbrochen seynd, so hindert doch nichts, daß nicht auch unterbrochne Servitutes urbanæ, bey welchen auch die menschliche Hand muß angelegt werden, errichtet werden können, wie da ist das Recht aus des Nachbars Hauß Wasser zu schöpfen, in des Nachbars Offen Brod zu bachen 2c Hat also unser Art. auf den Unterschied inter servitutes urbanas und rusticas nicht gesehen, sonder allein auf den gemeinen Unterschied, welchen die alte Rechts-Gelehrte gemacht haben, nemlich unter denen ohnunterbrochnen Dienstbarkeiten.

13. Weilen also unser Art. zu Verjährung der ohnunterbrochnen Dienstbarkeiten, sie mögen urbanæ und rusticæ seyn, allzeit einen widrigen Act des Verjährers erfordert, und den Unbrauch allein um die Dienstbarkeit auszulöschen nicht zulaßt, so folget, daß diser Unterschied, welcher von denen neuen Rechts-Gelehrten inter servitutes urbanas & rusticas machen, von unsern Land-Recht verworffen seye. Und weilen 2. bey allen ohnunterbrochnen Dienstbarkeiten zu Unterbrechung des ohnunterbrochnen Brauchs ein menschliche Handlung erfordert wird, daß vilmehr die Freyheit auf Arth der Verjährung, als durch blossen Unbrauch die Dienstbarkeit verlohren wird. Dahero noch vilweniger gesagt werden kan, daß der Verlurst ohnunterbrochner Dienstbarkeiten, wann sie Land-Dienst seynd, mit besten Glauben geschehen könne, welche alle Præscription auch eine 100. jährige und unfürdenckliche ausschließt, vid. Molin. de just. & jure. tract. 2. disput. 66. conclus. 4. & seq. wo er ausdrucklich sagt, daß wann der Herr des dienenden Grunds etwas der Servitut zuwider gethan hat, so mit bösen Glauben geschehen, das ist, wann er wider eignes Wissen und Gewissen die Præscription ergriffen hat, so sündiget er, und thut also in Ewigkeit nicht præscribiren. diff.

14. Der andere Theil des Unterschieds seynd die unterbrochne Dienstbarkeiten, welche wir die ohnunterbrochne entweders Servitutes rusticæ oder urbanæ seyn können: Dise aber werden wieder abgetheilt in jene, die man bestendig brauchen kan; und jene, die man nicht bestendig brauchen kan, sonder nur etwann wochentlich, etliche Täg oder Stund gebraucht werden können, oder drittens in jene, die nur monatlich oder jährlich gebraucht werden können, von welchen allen wir kürtzlich etwas anführen werden.

Und vor allem könte zwar anscheinen, daß, weilen unser Art. bey Verlurst all ohnunterbrochner Servituten, sie mögen rusticæ oder urbanæ seyn, ein menschliche Verrichtung erfordert, solche noch vilmehr bey unterbrochnen Dienstbarkeiten nöthig seye, welche meistens rusticæ seynd, nach Innhalt L. 6. ff. de Servit. urb. præd. Aus Ursach, weilen die unterbrochne Dienstbarkeiten auch langsamen præscribirt werden, wie wir oben gesagt haben, nemlich allein in unfürdencklicher Zeit, oder inner 10. oder 20. Jahren mit dem Titul und des Gegentheils Wissen und Gedult. Dessen doch ohnerachtet sagen wir, daß zum Verlurst der unterbrochnen Dienstbarkeiten der blosse Unbrauch genug seye, wann schon der Gegner dabey nichts verjebt hat, welches unser Art. bey dem Versicul aber mit Hand-greifflichen Worten erklärt, also daß eine unterbrochne Dienstbarkeit, welche härter kan erlangt werden, leichter kan verlohren werden. Was aber dessen für eine Ursach seye, das ist so klar nicht. Gloss. in L. hæc autem 6 ff. de Servit. urb. præd. sagt, diß sey die Ursach des Unterschieds, weilen beym Gebrauch einer Städtlichen Servitut der Unkosten vorgehet

gehet, nicht aber bey der Veld-Dienstbarkeit, und weilen also wider die erstere härter præscribirt wird. Aber die weitere Glossa antwortet gantz recht, daß zu Zeiten auch so grosser Kosten bey Veld- als Städtischen Dienstbarkeiten nöthig seye, und diß legt sie aus in der Servitut aquæ ductûs. Setzt also eine andere Ursach bey, nemlich dise, weil die Städtische Dienstbarkeiten adelicher seynd, als die Veld-Dienstbarkeiten, und können also härter verlohren werden. Aber auch dise Ursach hat besagtermassen keinen Grund, weilen unsere Land-Recht auf jenen Umstand, ob die Dienstbarkeiten Städtlich oder Bauerlich seyen, nicht sehen, sonder ob sie ohnunterbrochen, oder unterbrochen seyen, weilen, wir warhafft aus beygebrachten Exemplen klar erhellet, auch die Veld-Dienstbarkeiten in vilen Fällen ohnunterbrochen, und hingegen die Städtliche unterbrochen seyn können. Ist also auf den Unterschied zwischen Städtlichen und Veld-Dienstbarkeiten nicht zu sehen. Wir wis-
15. sen zwar, daß jene Recht-Gelehrte, die den Unterschied unter denen ohnunterbrochnen, und unterbrochnen Dienstbarkeiten verlachen, sich sehr abmathen, damit sie alle unterbrochne Dienstbarkeiten unter die Feld-Dienstbarkeiten ziehen. Aber fürwahr unsers Erachtens nicht ohne Gewalt. Dann siehe die mehrere sagen, daß Veld-Dienstbarkeiten nich allein jene seyen, welche in Aeckern und Gründen, sondern auch in Feld-Gebäuen, und in der Stadt zu Unterhaltung des Viehs und Früchten errichten Ställen und Städlen, welches wann wahr ist, so ist die beste Gelegenheit, absonderlich in Städten für die unterbrochne Dienstbarkeiten. Zum Exempel Tram einzuziehen, Last zu tragen, Traff abzuwenden, aus den Ställen den Müst zu raumen, das Vieh zu träncken, und dergleichen zu verrichten. Welch alles ja in die Gattung der unterbrochnen Dienstbarkeiten einschlagt, und nach Meynung der Rechts-Gelehrten, so widrige Meynung führen, können solche durch den blossen Unbrauch ohne eintzige Hand-Anlegung des Gegners verlohren werden, obwohlen villeicht deren Erlangung zu Anfang vile Kösten verursacht hat. In gleichem obwohlen unser 2. Art. alle Dienstbarkeiten, so denen Gebäuen zustehen, es mögen solche Gebäu auf dem Land, oder in der Stadt seyn, Städtisch nennet, die Dienstbarkeiten aber, welche denen Veld-Güthern, Aeckern und Wiesen ankleben, Veld-Dienstbarkeiten benamset, so ist doch oben schon demonstrirt worden, daß auch bey denen Veld-Dienstbarkeiten, beständige ohnunterbrochne und kostbare Dienstbarkeiten gefunden werden. Also daß die beygebrachte Ursachen kein Krafft haben, noch weniger aber auf unsere Land-Recht, welche ihren Unterschied allein in denen ohnunterbrochnen und unterbrochnen Mach, applicirt werden können. Wir finden eine zweyfach andere Ursach des Unterschieds.

Die erste ist, daß jener, der eine unterbrochne Dienstbarkeit hat, eine gössere Nachlässigkeit begehe, wann er solche nicht braucht, als ein andere, der ein ohnunterbrochne Dienstbarkeit hat, ist sich also nicht zu verwunderen, wann er solche leichter verliehrt; dann bey einer ohnunterbrochnen Dienstbarkeit klebt die quasi possession dem Guth an, dem gedienet wird, so lang, als lang durch ein wiedriges Factum solche nicht verderbt wird. Aber bey einer unterbrochnen Dienstbarkeit klebt die quasi possessio dem Menschen, oder dem Herrn an, dessen Guth gedient wird, dessen Factum zu Erhaltung der Servitut nöthig ist.

Die andere Ursach ist, weilen die unterbrochne Dienstbarkeiten gehässiget seynd, als die ohnunterbrochne, und also auch zum præscribiren ein längere Zeit, und härtere Conditiones erforderen. Dahero sie auch leichter und geschwinder wider aufgelößt werden; weil eine Sach leichter zu der vorigen Freyheit zuruck kehret, als in eine Dienstbarkeit versenckt werde. Welche unsers Erachtens standhafftere Ursachen des Unterschieds seynd, als welche wir oben angeführt haben. Dir geneigter Leser lassen wir über, die Sach weither zu überlegen.

Jetzt ist der dritte Theil nemlich die un- 16.
terbrochne Dienstbarkeiten übrig, und zwar jene, welche nach Belieben, noch alle Stund, noch alle Tag oder Wochen, sonder allein auf gewisse Jahr oder Monath gebraucht werden können. Zum Exempel, wann ich das Recht hab aus deinem Bach meine Wiesen in den Monathen Junii und Julii zu wässeren, oder wann ich das Recht habe, allein das dritte Jahr über deine Aecker zu treiben, zu fahren, zu reitten zu gehen, wann sie in der Brach ligen. In solchen Fall erfordert unser Art. ein dopplete Zeit zu Verliehrung solcher Dienstbarkeit, das ist, 20. Jahr unter Anwesenden, und 40. Jahr unter Abwesenden. Dise Verordnung ist genommen worden aus dem Text des L. si sic. 7. ff. quemad. servit. amitt. wann also das Wasser beschaffen ist, sagt Paulus J. C. daß es nur im Sommer gebraucht wird, oder in einem Monath: So ist die Frag, wie solches durch den Unbrauch verlohren werde; weil es kein ohnunterbrochne Zeit ist, inner welcher weilen man das Wasser nicht brauchen kan, solches auch nicht gebraucht wird.

Da-

Dahero obwohlen einer das Wasser ein Jahr oder Monath um das andere hat, so wird solches inner doppleten Zeit verlohren. Welchen Text Bartholus also nimmt, eine Dienstbarkeit, welche in alle Tag kan gebraucht werden, wird in verdoppleter Zeit verlohren. Ein gleiches ist enthalten in L. cùm talis 14. Cod. de servit. & aq. Hier zeigt sich abermahlen ein doppleter Unterschied, dann gemeiniglich halten die Recht-Gelehrte darfür, daß allein die Zeit der 10. Jahren verdopplet werde, nicht aber die Zeit der 20. Jahren, wann der Gebrauch der unterbrochnen Dienstbarkeit über das Jahr oder Monath hinüber unterbrochen ist, also redet Gloss. ad dict. L. si sic. 7. ff. quemad. servit. amitt. welcher nachfolgen Curt. Bald. und andere insgemein, Cæpoll. de servit. urb. præd. cap. 24. n. 4. klärer redet die Glossa in L. cùm talis. 14. Lit. L. & Gloss. supermarg. ibidem sub Lit. A. Dann wann nach Innhalt des Text L. 14. eine Dienstbarkeit so beschaffen ist, daß einer er das fünffte Jahr über des anderen Grund allein in einem Tag gehen kan, so sagt Kayser Justinianus, daß solcher dise Dienstbarkeit in 20. Jahren durch Unbrauch verliehre, 20. Jahr aber machen nicht 40. Jahr aus. Also dise Verdopplung nur auf die 10. Jahr zu verstehen ist, als hätte gleichsam der Kayser sagen wollen, obwohlen die Dienstbarkeit eines Weegs durch Unbrauch in 10. Jahren verlohren wird, wann jedoch die Dienstbarkeit nur ein Jahr über das andere hinüber gebraucht werden kan, so muß die Zeit des Verlursts verdopplet werden gleich wie solche verdoplet wird wider den Abwesenden, daß aber widerholter massen die Verdoplung, einmahl wegen Abwesenheit, und das anderemahl wegen unterbrochner Zeit geschehen solle, hievon hat Justinianus nichts verordnet, ja vilmehr das Widerspiehl, weilen er ausdrucklich verordnet hat, daß eine Servitut, so alle 5. Jahr zu brauchen ist bedungen
diff. worden, in 20. Jahren durch Unbrauch verlohren werde. Weilen jedoch unser Art. das Widerspihl anordnet, und auch die Verdopplung der 20. Jahr wider den Abwesenden erfordert, so ist billig ein Unterschied unter dem Gemeinen- und unsern Land-Recht hier anzumercken.

17. Der andere Unterschied ist, weil der Text in L. si sic 7. ff. quemad. servit. amitt. sagt, ein ohnunterbrochne Zeit seye, wann einer alle Täg, deren nemlich jeder 24. Stund ausmacht, und Tag und Nacht einschließt, die Dienstbarkeit brauchen kan, seynd die Wort des Juris Consulti. Dann wann einer ein oder anderen Tag, oder den gantzen Tag, oder allein zu Nacht zur rechtmässiger Zeit die Servitut nicht gebraucht hat, wo er doch solche hat brauchen können, so wird die Servitut verlohren, weil es ein eintzige Servitut ist, welche alle Tag in einer Stund, oder um die andere Stund hinüber kan gebraucht werder. Als wolte der J. C. sagen obwohlen einer die Dienstbarkeit nicht allzeit, und alle Stund brauchen kan, weil der Gebrauch villeicht auf einen Tag, oder Nacht, oder auf eine gewisse Stund eingeschränckt worden, weil es jedoch eine tägliche Servitut ist, wird es eben so verlohren, als wann einer solche alle Stund hätte brauchen können. Mit einem Wort, es wird ein Servitut verlohren, wann solche nur zum Brauch nach Belieben, oder zum täglichen Gebrauch auf gewisse Stund, oder einen Tag über den anderen, bedungen worden, also der durch den Unbrauch solche erloschen wird, inner 10. Jahren unter Gegenwärtigen, und 20. Jahren unter abwesenden: Wann aber der Gebrauch Abgesendert ist auf gantze Wochen, so ist die Frag, ob nicht auch wegen des Verlursts die Zeit verdopplet werden müsse, wie solche verdopplet werden muß, wann der Brauch auf Monath oder Jahr zertheilt ist? Welches unser Art. widerspricht, die mehrere Rechts-Gelehrte aber dem gemeinen Recht nach bejahen. vid. Waizenecker. de servit. Coc. cit. Cæpoll. de servit. cap. 24. n. 5. wo er allein die Intervalla der Täg und Stund dem Verlurst durch ordinari Zeit zuschreibt, die Intervalla aber der Wochen der verdoppleten Zeit zuzehlet, weil der Text in dict. L. si sic. 7. ausdruchlich erfordert, daß die Verlurst-Zeit ohnunterbrochnen oder täglich seyn soll, das ist, daß entweders der Brauch beständig, oder in gewissen Stunden, doch alle Tag, oder einen Tag um den anderen erlaubt seye, in welchem Fall darfür gehalten wird, daß das End des letzteren Tags in den Anfang des folgenden Tags einschlage, daß also warhafft solche auf einen Tag über den anderen bedungene Servitut täglich genennet werden kan. Donell. cit. Lib. 10. commun. Jur. cap. ult. weilen jedoch unserem Gesatz-Geber vorgekommen, daß ein wochentliches Intervallum dem Intervallo der Tägen und Stunden näher zugehe, als dem Intervallo der Jahr und Monathen, so ist leicht zu erkönnen, daß hier der andere Unterschied unter dem Gemeinen und unsern diff.
Land-Recht seye.

Ja wir setzen auch den dritten Unterschied bey, dann obwohlen wir kurtz zu 18.
vor gesagt haben, daß, wann eine Servitut auf 5. jährige Intervalla bedungen worden, aus Verordnung L. ult. Cod. de servit. & aq. Die Zeit allein auf 20. Jahr verdopplet werden müßte, und nicht weiters

weiters, so muß doch Krafft unsers Art. die Zeit auf 40. Jahr verdoppelt werden. Aus Ursach, weilen die jährliche und Monatliche Intervalla dise Verdopplung nach sich ziehen, daß die Zeit von 10 Jahren verdopplet werde auf 20. Jahr unter Anwesenden, und die Zeit von 20. Jahren unter Abwesenden auf 40. Jahr. Muß also um so mehr solche Verdopplung geschehen, wann ein Intervallum über ein Monath oder Jahr nemlich auf 5. Jahr gesetzt wird: Und diß noch vil mehr, weilen auch die alte Rechts-Gelehrte von grossen Nahmen bey jeden Verlurst der Servituten, so dergleichen Intervalla haben, die Verdopplung der Zeit von 10. Jahren unter Anwesenden, und 20. Jahren unter Abwesenden erforderet haben. Welchem wann also ist, so thun wir disen für den dritten Unterschied billig zehlen, und sagen, daß eines seye, wann das Intervallum kleiner oder grösser gewesen. Zum Exempel wann ein Servitut bestellt worden auf zwey oder drey Jahr ꝛc. Dann gleichwie nach der gemeinen Lehr der Doctorum ein jede solche Servitut in 20. Jahren nach Innhalt L. ult. Cod de servit. & aq. durch Unbrauch verlohren wird, also auch in Gegenspihl wird solche nach Innhalt dises unsers Art. allein inner 20. Jahren unter Anwesenden, inner 40. Jahren aber unter Abwesenden verlohren. Der geneigte Leser merckt ja den Entzweck des Unterschieds unter dem Gemeinen und unsern Land-Recht. Dann gemeiniglich vermeynen die Doctores, daß Justinianus allem dergleichen Dienstbarkeiten, die Intervalla haben, den fatalen Termin von 20. Jahren gesetzt habe. Aber unser Art. in der That verdopplet solchen nachmahlen einmahl zu Favor der Abwesenden, und das anderemahl zu Favor des Gebrauchs, welcher der Servitut durch längere Intervalla von Monathen oder Jahren gesetzt worden. Gleichwie aber dict. L. fin. denen über Monath oder Jahr in längere Intervalla bedungenen Servituten keinen grösseren Termin zu Erlöschung derselben als 20. Jahr zulaßt, damit kein ewiger Proceß entspringe, also hingegen müßten wir unsers Erachtens denen Dienstbarkeiten, welche längere Intervalla haben, sie mögen so lang seyn als sie wollen, kein längere Zeit als 40. Jahr, welche der Art. bey denen monathlichen oder jährlichen Intervallis vorschreibt, zulassen.

Und von disen beyden Gattungen die Grund-Dienstbarkeiten zu verliehren redet unser Art. allein: wir wollen doch auch andere in Rechten zugelassene durchgehen, und zwar die dritte ist die freywillige Nachlassung der Servitut; dann gleichwie ein je-
19. der sein Recht nachlassen, und des für ihn eingeführten Favor sich begeben kan, also auch kan der Herr des Grunds, dem gedient wird, die erworbene oder præscribirte Servitut nachsehen, L. 6. §. unic. vers. possunt tamen, L. 8. in prin. ff. quemad. servit. amitt. item L. 6. & L. 14. §. 1. ff. de servit. & alibi. Es geschicht aber solche Nachlassung nicht allein mit Worten, sonder auch in der That, Krafft des L. si stillicidii 8. ff. quemad. serv. amit. wo der J. C. sagt, wann ich berechtiget bin das Traff-Wasser auf deinen Grund zuleitten, und ich hab dir zugelassen das Recht auf solchen Grund zu bauen, so verliehr ich das Recht das Traff-Wasser abzuleitten; aus Ursach, weil der Herr des dienenden Grunds auf seinen Boden ohne allen Zweiffel bauen kan, wann ihn das Traff-Wasser und dessen Ableittung nicht verhindert: Dahero, wann er vom Herrn des Grunds, deme gedient wird, die Erlaubnuß erhaltet, so wird darfür gehalten, daß sothane Servitut nachgelassen worden. Waizenecker dict. dissert. 1. cap. 8. n. 21. doch also, wann nicht der Herr des Grunds, dem gedient wird, ihm den Gebrauch seiner Dienstbarkeit ausdrucklich vorbehalten hat. L. 8. ff. quemad. servit. amitt. & L. 17. in f. ff. commun. præd. Aus Ursach, weilen in vorigen Casu wegen der Zulassung allein die Begebung der Servitut præsumirt wird, welche Præsumption aber weicht, wann ausdrucklich die Servitut vorbehalten worden.

Ubrigens ist sonderheitlich zu notiren, 20.
daß weder ein Ehemann, noch ein Vormunder oder Pfleger, noch ein Vasall, oder Erb-Rechter Bauer die Dienstbarkeiten, so ihren Gütern anhangen, zu Præjudiz ihrer Principalschafft L. 5. ff. de fund. dotal. L. 3. §. penult. ff. de reb. eorum. noch ein Ususfructuarius, noch der Eigenthums Herr die einem Grund, worauf einer die Nutz-Niessung hat, schuldige Servitut zu des anderen Theils Schaden und Præjudiz nachlassen könne.

Die vierte Arth ist der Sach Unter- 21.
gang. Dann wann das dienende Guth ohnsürsehens zu Grund gegangen, zum Exempel, wann dein Brunnen, aus welchem meinem Hauß das Wasser zu schöpfen zustunde, ausgedricknet ist, so ist, so gehet auch sothane Servitut zu Grund. Aus Ursach, weilen, wann die Haupt-Sach zu Grund gerichtet ist, dessen Accidentien nicht in Salvo bleiben können. Wesenbec. in parat. ff. quemad. serv. amitt. n. 4. Bocer. Class. 8. thes. 75. Nun aber wird die Servitut als ein Accidens angesehen, wann also die Substanz zernichtet ist, so kan solche Servitut auch nicht mehr Platz haben, wie gantz recht saget Cujac. in suis pand. ad L. servitutes 20. §. si sublatum. mit disen Worten: wann das dienende Hauß

zu

zu Grund gangen, so ist auch die Servitus erloschen: Und wann das Hauß wider gebaut ist, so wird sie nicht mehr erwählet, weilen es das alte Hauß nicht mehr ist, ist also eine Servituts-Zulassung nöthig.

22. Dises doch, was wir erst gesagt haben, hat nur stricto jure Platz, dann, wann das zu Grund gegangene Hauß wider gebauet wird, obschon summo jure die Servitut nicht mehr hergestellet wird, so hat doch utilis vindicationis wegen der Nutzbarkeit Platz. L. si testamento 31. ff. de servit. urb. præd. L. servitutes 20. §. si sublatum 2. ff. de Servit. urb. præd. L. si locus 14. ff. quemad. servit. amitt. & L. certo generi 13. ff. de servit. præd. rust. Besag diser Texten doch seynd doch andere wider Cujacium der Meinung, daß wann die Sach, so dienen müßte, wider hergestellt ist, die Servitut welche durch Untergang des Haupt-Guths nichts zu Grund gegangen, von Rechtswegen wider getragen werden müßte. Donell. comment. jur. civil. lib. 10. cap. ult. Arom. exercit. Justin. 5. Thes. 15. Und das insonderheit, wann der Brunnen kein Wasser mehr gibt, solcher aber wider zu Wasser kommt, man wider die Servitut Wasser zu schöpfen leiden müßte, ist der Text. in L. & Attilicineus 35. ff. de servit. præd. rust. Aus Ursach, welche alldort enthalten ist, weilen billig und recht ist, daß jenes Recht, welches solche nicht aus Nachlässigkeit verlohren haben, ihnen zuruck gestellt wird, wie in specie lehret forcat. ad L. de serv. n. 14. wo auch die Ursach zu finden ist, warum der Usus fructus einer zu Grund gegangenen Sach, nachdem solche wider hergestellt worden, nicht wider hergestellt werde, gleichwie doch, wie die kurtz zuvor allegirte Rechts-Sätz mit sich bringen, die Grund-Dienstbarkeiten entweders von Rechtswegen, oder utili rei vindicatione wider hergestellet werden.

23. Was ist aber Rechtens, wann einem gewissen Grund von diser Gattung eine Servitut auferlegt worden, solcher aber in eine andere Gattung verändert worden, zum Exempel, diser Wein-Garten hat müssen die Weegs-Dienstbarkeit leiden, oder hingegen diser Acker hat müssen die Servitut einer Strassen leiden nachgehends aber ist der Wein-Garten verändert worworden in einen Acker, und der andere in einen Wein-Garten, ob nichtsdestoweniger jedem Grund ohneracht der Veränderung die alte Servitut anklebe? Und es antwortet Favolens. in L. certo generi. 13. ff. de servit. præd. rust. Daß jedem Grund die vorige Servitut anhange, wovon ein mehrers folgen wird in dem 8. Art.

Endlich ist auch diß zu mercken, daß, wann ein Land-Straß durch Gewalt oder Anfall eines Fluß verlohren gangen, der nechste Nachbar solche hergeben müsse. L. 14. §. cùm via 1. ff. quemad. servit. amitt. Doch auf Kösten des gemeinen Weesens, wie gar schön anmerckt colleg. argent. ad hunc tit. n. 24. 24.

Die fünffte Arth eine Servitut zu verliehren ist die Ankunfft des Tags, oder Erfüllung der Condition. Dann obschon die Grund-Dienstbarkeiten von Rechtswegen weder aus einer Zeit, noch auf eine Zeit, noch unter Condition, noch auf gewisse Condition gestelt werden können, wie enthalten ist in in L. servitutes 4. ff. de servit. So gelten doch dergleichen gemachte Dienstbarkeiten Jure prætorio, weilen, wie alldort Papinianus beysetzt, wann dergleichen beygesetzt wird, so kan dem, der die Servitut vindicirt, die Exceptio pacti oder doli entgegen gesetzt werden. Mit einem Wort, gleichwie die pur gemachte Dienstbarkeiten dem burgerlichen Recht nach gelten, und durch Unbrauch ausgelöscht werden, also auch die unter Condition, oder auf eine Condition, oder auf einen gewissen Tag gemachte Dienstbarkeiten, wann der Tag kommt, oder die Condition erfült ist Jure prætorio verlohren werden; und ist nicht anderst, als wann solche Servitut niemahlen wäre errichtet worden. vid. Waizeneck. dict. dissert. 1. cap. 6. n. 4. & seq. & cap. 8. n. 22. 25.

Der achte Articul.

Es mag keiner auf seinem Grund etwas bauen oder sonsten fürnemmen, dardurch einem anderen sein Dienstbarkeit benommen, oder geschmälert wurde. Doch wo der Eigenthumer des Grunds zu seinem Nutzen etwas bauen oder machen wolte, welches dem, der die Dienstbarkeit darauf hätt, zu keinem sonderbaren Schaden komme, sonder er dannoch sein Dienstbarkeit zur Nothdurfft noch geniessen kunte, mag er dem Eigenthums-Herrn nicht verwehren, etwas auf seinen Grund vermachen, oder zu ver-

zu veränderen: Als zu einem Exempel, da jemand auf des andern Grund die Weyd, Holtz-Schlag, oder dergleichen hätte, und der Eigenthums-Herr etwas an solchem Grund anfieng, mag es ihm der ander nicht wehren, wann er dannoch sein Weyd, Holtz-Schlag, oder dergleichen zu Genügen haben kan, welches gleichwol alles zu Ermässigung und Erkanntnuß des Richters stehen soll.

Summaria.

1. Ob der Herr des dienenden Guths, auf solchen Grund etwas bauen oder sonst fürnemmen könne?
2. Ob nicht der Herr des dienenden Grunds die *Servitut* besser und leichter machen könne?
3. Welcher Gestalten die *Servitut* auf dem gantzen Grund liege, nicht aber der Gebrauch der *Servitut*?
4. Wer das Recht habe den Weeg durch den dienenden Grund zu erwählen und auszustecken?
5. Ob nicht dem Herrn, dem gedient wird, einige Recht zustehen, von welchen bey Errichtung der *Servitut* nichts verordnet worden?
6. Ob allzeit für den Herrn des Hauses die *Præsumptio* seye, daß der Grund, auf welchen das Traff-Wasser abfallt, ihm eigen zugehöre?
7. Ob einer Durchaussetzung einiger Sachen auf jenen Platz, auf welchen das Traff-Wasser abfallet, des Grunds-*Possession* erlange?
8. Was für eine Gewohnheit in etlichen Städten obwalte, ein gewissen Platz für das Traff-Wasser liegen zu lassen?

1. In disem Art. wird ein eintzige Frag gestellet, ob nemlich der Herr eines dienenden Guths auf seinen Grund, der dienen muß, etwas zu bauen, oder fürzunemmen die Erlaubnuß und Gewalt habe? Und es antwortet unser Art. daß der Herr des dienenden Grunds nicht berechtiget seye, etwas in seinem Grund zu thun, was die dem anderen schuldige Dienstbarkeit benemmete oder schmälerte. Wann aber in solchen dienenden Grund etwas bauen oder fürnemmen will, was ihm zu Nutzen reichet, und dem Herrn, so gedient wird, nicht zu Schaden kommt, also daß ohneracht solch neuen Baues er seine Servitut brauchen kan, so verordnet der Art. daß der Herr, dem gedient wird, nicht berechtiget seye, dem Herrn des dienenden Grunds von dem ihm nutzlichen Bau zu verhinderen, welches nachgehends der Art. exemplificirt in der Servitut zu weyden, oder Holtz zu schlagen, daß wann zum Exempel einer das Recht hat, in meinen Wißmäderen sein Vieh zu weyden, oder in meinen Wälderen Holtz zu schlagen, diser kan mich nicht verhinderen, daß ich nicht einen Theil von meinen Wiesen, und einen Theil von meinen Wald einschliessen, und mir zum besonderen Gebrauch vorbehalten kan, wann nur dem anderen, der die Servitut zu weyden, oder Holtz zu schlagen hat, zur Weyd und Holtz-Schlag Materi genug verhanden ist. Dise Verordnung kommt über eins mit dem gemeinen Recht, Krafft dessen dem Herrn des dienenden Guths jenes abgenommen, was dem anderen zugelegt wird. L. 5. §. 9. ff. de op. nov. nuntiat. Daß nemlich er leiden, oder nicht thun soll, was die Beschaffenheit der Servitut erfordert, damit nicht dem Herrn des Guths, dem gedient wird, seine Dienstbarkeit geschmälert oder benommen werde. L. 15. 17. 20. §. 3. & ult. & L. 31. ff. de servit. urb. præd. item L. 13. §. 1. & L. 14. ff. de servit. rust. præd. item L. 6. §. ult. ff. si servit. vind. & L. 15. §. 1. ff. de serv. Wo der geneigte Leser mehrere Exempel finden wird, nicht aber, daß er unterlassen soll, was ihm nutzlich, und dem Herrn des Grunds, dem gedient wird, nichts schadet. Unter anderen Exemplen ist das fürnehmste, welches vom Traff-Wasser ist in L. servitutes 20 §. qui in area 6. ff. de servit. urb. præd. Wo gesagt wird, daß das Traff-Recht nicht verhindere, daß nicht der Herr des dienenden Grunds auf seinen Boden bauen, und das Gebäu biß an jenes Ort, wohero das Traff-Wasser fallet, führen könne; Ja, wann einer auf seinen Grund schon die Servitut das Traff-Wasser aufzunemmen gehabt hat, aber über ein allda gestellten Bau, so ist dem Herrn des Grunds erlaubt, das Gebäu höher zu machen, nicht abzubrechen. Die Ursach ist allzeit gleich, weil er die Servitut nicht aber schlimmer oder schlechter machen kan. Dict. §. qui in area. 6. & §. si antea 4. vers. & omnino sciendum est. ff. de servit. præd. urb. Dahero das Traff-Wasser nach Beschaffenheit des dienenden Grunds regulirt werden muß, alsô daß, wann es leichter fallt, wann das Hauß, in dessen Tachung das Traff-Wasser fallet, höher gebaut wird, dem Herrn des dienenden Grunds die Erhöhung des Hauß erlaubt ist. Wann aber der Herr des Grunds, dem gedient wird, sein Hauß höher

höher bauen will, so ist ihm solches nicht erlaubt, weilen die von der Höhe fallende Tropffen schwerer fallen, und das Tach, worauf sie fallen, mehrers verletzen, ja der Gewalt der Winden die Tropffen in des Nachbarn Mauer treibt, und den Anwurff verweicht, und das Gmaüer verderbet, gleichwie in Gegenspihl der Ort also beschaffen seyn kan, daß durch Erhöhung des Hauß, von welchem das Traff-Wasser übernommen werden muß, wegen der Winden Gewalt ein gantzer Strohm zu Tropffen gemacht wird, und also dem dienenden Grund leichter zufallet, von welchen allen kan gelesen werden dict. L. servitutes 20. ff. de servit. urb. præd. Cæpoll. de servit. urb. præd. cap. 28. Wo er dict. L. 20. welche anscheinet, daß sie sich selbst widerspreche, subtil auslegt; Uns ist vorbesagte Regul genug, daß weder der Herr des Grunds, deme gedient wird, dem Herrn des dienenden Grunds, noch der Herr des dienenden Grunds dem Herrn des Grunds, deme gedient wird, die Servitut schwerer oder schlechter, wohl aber
2. besser, leichter oder erträglicher machen könne. Wir halten darfür, daß dise Meynung unsern Statuten conformer seye, als welche mehr auf die Billigkeit als auf die Gipffel des strengen Rechts zu sehen gewohnt haben. Krafft des Text in L. 2. §. item Varus. ff. de aq. & aq. pluvia. Wo gesagt wird, daß, wann sothanes Factum mir nutzet, dem anderen aber nicht schadet, dise Billigkeit genug seyn müsse, wann schon kein Recht oder Text obhanden. Dergleichen Text seynd auch in L. rescripta. 7. Cod. Imper. inferend. L. Summa 2. §. 1. ff. de aq. pluv. & L. in creditore ff. de effect. Man wird sagen, daß jenes, was wir vom Traff-Wasser gesagt haben, an sich selbsten zwar klar genug, und billig seye, aber das Exempel unsers Art. schicke sich nicht recht, dann, wann man setzt, daß einem in meinen Mäderen das Weyd-Recht, oder in meinem Wald das Holtz schlagen zustehe, so muß gesagt werden, daß die gantze Servitut in gantzen Grund, und die völlige Servitut in jeden Theil des Grunds zustehe, weilen nach Lehr der Doctorum die Natur der Servitut untheilbar und unzertrenlich ist, wie die vernünfftige Seel, welche gantz in gantzen Leib, und gantz in dessen jeden Theil
3. ist. Hierauf aber ist die Antwort leicht, dann, obwohlen die Servitut dem gantzen Grund, der zum dienen verbunden ist, und des Grunds allen Theilen anklebet, so ist doch diß also zu verstehen, daß das Recht der Dienstbarkeit zwar dem gantzen Grund und all dessen Theilen anklebe, nicht aber der Genuß und Brauch der Servitut. Dann wann einer den Brauch eines Weegs oder Strassen durch meinen Acker hat, so kan er nicht den gantzen Grund zum Weeg machen, sondern allein so vil Platz, welcher zu einem Weeg oder Straß der Breite nach genug ist, in übrigen ist mir der Genuß meines Ackers frey. Also auch, daß das Recht zu weyden, oder Holtz zu schlagen in meinen Gründen hat, kan solches recht Burgerlich geniessen, nicht aber die Gründ zu Grund richten. Und dises, 4.
was wir vom Weeg gesagt haben, ist so wahr, daß, wann generaliter und namentlich bedungen worden, daß der gantze Grund dienen solle, so müssen solcher gestalten alle Wasen zwar dienen, L. 13. §. 1. ff. de servit. præd. rust. Wann aber einmahl ein Ort erwählt und ausgesteckt worden, kan solcher nicht mehr geändert werden. L. 9. in verb. nec amplius. & L. 13. §. 1. & ult ff. de serv. præd. rust. Wer aber das Recht auszuwählen habe, wird ein Unterschied unter denen Contracten gemacht, und unter denen letzten Willen, bey denen Contracten wird vom Favor des Herrn des Grunds, dem gedient wird, gehandlet, und folglich stehet ihme billig, wann nicht ein anderes bedungen worden, die Wahl zu. Aber bey denen letzten Willen, und Legaten wird der Unterschied gemacht, ob die Servitut hinterlassen worden per vindicationem, und alsdann hat der die Wahl, dem das Legat vermacht worden, L. ult. ff. de aq. quotid. L. 9. ff. de servit. Wann sie aber legirt worden per damnationem, so hat der Erb die Wahl. L. 26. ff. de servit. præd. rust. Wann nur der Erb ohne Hinterlist des Legatii erwählet. dict. L. 26. Und der Legatarius Burgerlich, das ist, ohne des dienenden Grunds Schaden die Servitut nutzet. dict. L. 9. Und weilen der Art. præsupponirt, daß jenen, welche die Servitut zu weyden, und Holtz zu schlagen in meinen Gründen haben, nichts abgehe vom genugsamen Gebrauch ihres Rechts, so ist der Herr nicht zu beneyden, wann er ihm einen gewissen Theil zu seinem Nutzen vorbehalt, und mit einen Zaun einmacht, Krafft der vorgesetzten Regul, was mir nutzt, und dir nicht schadet, das ist leicht zuzulassen. Doch befihlt unser Art. gantz recht, daß solches nach Ermessigung des ordentlichen Richters geschehen solle. Weil niemand sein eigner Richter seyn kan.

Auf die von unzertrennlicher Servituts-Natur hergezogene Ursach wird geantwortet, es seye zwar wahr, daß die Dienstbarkeit nicht könne abgetheilt werden, und zum Theil weder bedungen, noch verlohren werden könne, sie kan jedoch im Theil beybehalten werden. L. 7. 8. in fin.

11. & 17. ff. de serv. L. 18. 23. §. 2. L. 33. & 34. ff. de servit. præd. rust. L. 6. §. 2. ff quemad. serv. amitt. & aliis locis. Es behaltet also jener, der das Recht Holtz zu schlagen, oder zu weyden in meinen Gründen hat, die völlige unzertheilte Dienstbarkeit, wann schon ich mir einen Theil aus meinen Gründen vorbehalte: An welchen doch der Possessor der Servitut den Regress oder Zuspruch hat, wann man in denen übrigen Theilen nicht weyden oder Holtz schlagen kan.

5. Zu mercken ist, daß auch dem Herrn des Grunds, deme gedient wird, einige Recht zustehen können, von welchen bey Bedingung der Servitut keine Meldung geschehen, zum Exempel, jener, der eine Servitut erlangt hat, hat das Recht die Servitut zu repariren; Kan also wegen der Reparation andere Ort des dienenden Grunds, die nicht dienen, wanns nöthig ist, und sonst die Reparation nicht geschehen kan, antretten, und darüber alle zur Reparation nöthige Materialien führen L. 20. §. 13. ff de itin. actúque priv. graben, unterstützen, niederreissen, überlegen, L. 10. ff. de servit. Stiegen und Gerüster machen. L. 20. §. 1. ff. de servit. præd. rust. Und all anderes thun, was zur Reparation nöthig ist. L. 11. ff. commun. serv. & L. 4. ff. de itin. actuque priv. Aus Ursach, weilen, wann die Haupt-Sach zugelassen ist, darfür gehalten wird, alles zugelassen zu seyn, ohne welches die Haupt-Sach nicht bestehen kan, oder wie gesagt wird in L. 2. ff. de Jurisdict. & L. qui Procuratorem 56. ff. de procur. Die Sach ist also beschaffen, daß all jenes stillschweigend zugelassen zu seyn anscheinet, ohne welches die Sach nicht kan gebraucht werden, also, wann ich die Weegs-Servitut habe zu deinem Brunnen, so wird verstanden mir erlaubt zu seyn, aus deinem Brunnen zu trincken, sonsten der Weeg zum Brunnen nichts nutzete. dict. L. 3. §. ult. ff. de serv. præd. rust. Und wann der Trunck erlaubt ist, so wird verstanden mir auch erlaubt zu seyn in deinen Grund zu gehen, und was dergleichen mehr ist. Obwohlen im Gegenspihl dem Herrn des Grunds, dem gedient wird jenes nicht erlaubt ist, was den Gebrauch der Servitut commodlicher machen, dem Herrn des dienenden Grunds schadet, oder der Gewohnheit oder Errichtung der Servitut zuwider ist. L. 11. ff. commun. servit. L. 15. ff. de servit. præd. rust. L. 17. §. 1. L. 4. §. 5. ff. si servit. vind.

6. Jenes doch, was das Traff-Wasser betrifft, ist vor allem sehr gewiß, daß, weilen darfür gehalten wird, daß ein jede Sach frey seye, biß probirt wird, daß sie einer Servitut unterworffen seye, allzeit für den Herrn des Hauß die Præsumption seye, daß der Grund, auf welchen das Traff von seinen Tächeren fallet, ihme eigen zugehöre. L. ult. §. fin. ff. de servit. urb. præd. Wo einem jeden zugelassen wird, in sein Hauß eine Thür auf offne Straß zu machen, so weit es der Rigor des Traff-Rechts zulasset, dessen ist kein andere Ursach, als weilen præsummirt wird, daß biß dahin das Eigenthum dem Herrn zugehöre: Wo die Doctores das Wort Rigor des Traff-Rechts pro rectitudine stillicidii auslegen. Wann also mein Nachbar vermeynt, daß deßwegen, weil villeicht sein Grund sich biß zu meinem Traff erstrecke, der meinem Traff unterworffene Grund sein seye, und daß ich allein das Traff-Recht als ein Servitut von ihme habe, so ist er nicht anzuhören, wann er nicht die Servitut probirt: D. Waizeneck. dissert. 3. de servit. cap. 6. n. 9. sagt, es seye vor allem auf jenes zu sehen, wer aus denen Streittenden in Besitz solchen Grunds oder Orts seye, der unter dem Traff liegt, dann, wann der Herr; sagt er, seine Sachen alldort aufbehaltet, oder aussetzet, oder was anderes thut, woraus der Besitzer abzunemmen ist, so wird præsumirt, daß er das Traff-Recht jure libertatis in seinen Grund habe, und nicht jure servitutis in fremden Grund: Gleichwie im Gegenspihl, wann der Herr des Grunds eben disen Ort innhat, und gleicher Weiß Actus possessorios ausgebet, so muß præsummirt werden, daß eine Servitut obhanden seye. Welches ob wahr seye, leidet von darumen einen Zweiffel und Anstand, weilen in der Materi der Servituten die Allegirung der quasi Possession Krafft des 6. Art. dises Titul nichts nutzet, unsers Erachtens aber ist gegenwärtiger Casus ein weit anderer, als von welchen in dem 6. Art. wir geredt haben. Dann dort ist die Frag, wann der Herr des Grunds, dem gedient wird, sagt, er habe eine Servitut, zum Exempel das Traff-Recht, und gründet sich in der quasi Possession, dann solchen Falls Krafft des 6. Art. wird ihm durch das Possessorium nicht geholffen, wegen der Præsumption, welche wider die Servitut ist. Aber unser Casus ist weit anderst, wo der Herr des Grunds kein Dienstbarkeit prætendirt, und behauptet, sondern dem anderen das Eigenthum des Grunds, worauf das Traff fallet, widerspricht. Weilen nun die Sach des Grunds Eigenthum betrifft, auf welchen das Traff abfallet, so haltet D. Waizeneck. gantz recht darfür, daß, wann beyde das Eigenthum prætendiren, jener mehr Recht habe, der in Besitz des Eigenthums ist, dann die Actus possessorii haben stärckeres Recht, als der Rigor des

Traff-

Traff-Wassers, welcher nach Meynung Barthol. ad dict. L. ult. ff. de servit. urb. præd. das Eigenthum des unteren Theils des Orts anzeigt.

7. Ob aber die Ausstellung einiger Sachen an jenes Ort, auf welches das Traff ablaufft, für einen Actu possessorio zu halten seye, kan weiters in Zweiffel gezogen werden: Ehe das Dorff M. meiner Hoff-March S. einverleibt wurde, haben wir mit dem Pfleg-Gericht D. grosse Stritt gehabt, und unter anderen disen, ob dem Pfleg-Gericht D. die Jurisdiction zustehe, wegen jenes Rauff-Handels, der sich zugetragen vor der Hauß-Thier eines meiner Unterthanen, weilen solchen Ort der Herr Land-Richter pro loco publico gehalten, ich aber behauptete, daß solcher Ort privat seye aus der Ursach, weilen mein Unterthan alldort seine Scheitter-Beigen und anderes täglich aufbehalten hatte, und ein anderer alldort dergleichen nichts unternemmet: Gewiß, wann D. Waizenecker die Aufbehaltung der Sachen, so in dergleichen Traff-Platz geschehen ist, verstehet, so stimme ich ihme gern bey, wann aber ein jeder Theil solchen Ort zu seinem Gebrauch ohne Unterschied ohne des anderen Widerred gebraucht hat, so vermeyne ich, daß fürwahr die Præsumption des L. ult. ff. de servit. urb. præd. Platz habe.

In einigen Städten ist die Löbliche Gewohnheit, daß zwischen allen Häußeren aufs wenigist ein Platz von 3. Schuh breit muß liegen gelassen werden, also daß für das Traff-Wasser beyder Häußer Platz genug verhanden ist. Aber die Gewohnheit unserer Stadt München erfordert mehr nicht, als, daß der, so bauen will, in der Stadt einen halben Schuh von des anderen Hauß frey lassen muß. Der Cæpolla setzt solchen Platz auf 2. Schuh, es ist eine erbärmliche Sach, welche in der Stadt München sich sehr offt ergibt, daß die Häußer so eng unter ein ander stehen, daß sie nur mit einer gemeinschäfftlichen Mauer unterschieden seynd; Weilen nun auf solche ein jeder bauen will, so entstehen so vil Stritt-Händel, als vil Täg im Jahr seynd, und wahrhafft zu Zeiten ohnerträgliche Beschwärde, welche unter denen Benachbarten ohnerlöschliche Feindschafften entzünden, welche fürwahr ein besonderes Mittel nöthig hätten, weilen das Münchnerische Kundschafft-Recht, weiß nicht warum sehr hinckend und nicht erklecklich ist. 8.

Der neunte Articul.

Nachdeme bißweilen der Trieb, Weyd-Besuch, Holtz-Schlag, und dergleichen auf gemeinen Gründen, die keinem allein, sondern einer gantzen Gemeind zugehören, deßgleichen ob gleichwohl die Gründ nicht gemein, sondern unter einer Gemeind und Nachbarschafft getheilt seyn, als Felder, Höltzer, Wißmader, und doch der Trieb, und Weyd-Besuch darauf gemein ist, auch bißweilen zwey Nachbarschafften zusammen treiben, das ist eigentlich kein Dienstbarkeit, sondern ein alte Gerechtigkeit, und Nachbarliche Vergleichung, zwischen des Nachbarn eines oder mehrern Dörffern, doch wofern hierinnen zwischen den Nachbarn Stritt und Irrung vorfiellen, soll es mit Ausführung und Beweisung solcher Gerechtigkeiten allerdings gehalten werden, als wie von den Dienstbarkeiten geordnet ist.

Summaria.

1. Warum bey Erweisung der gemeinschäfftlichen Rechten eben jenes beobachtet werden müsse, was bey denen Dienstbarkeiten beobachtet werden muß, wo doch sie keine Dienstbarkeiten seynd?
2. Was für eine Action für die Nachbarliche Recht zustehe?

1. Unser Art. macht eine Anmahnung, daß ein Unterschied seye unter denen Dienstbarkeiten, und unter denen Rechten, welche denen beysammen wohnenden Bauern gemeinschäfftlich seynd. Dann wir haben oben bey dem 6. Art. 25. Tit. gesagt, daß in unsern Vatterland der Brauch seye, daß schier alle Gemeinden gemeinschäfftliche Gründ haben, welche sie nach Proportion den nutzen und gebrau-

chen können, zum Exempel gemeinschäfftliche Weyd-Besuch, worein sie ihr Vieh treiben, und Wälder, in welchen sie zu Reparirung der gemeinen Strassen, zu Einzdunung der Aecker und Wiesen, und zu Bestreittung anderer gemeinschäfftlichen Nothwendigkeiten den Holtz-Schlag haben. Nun von disen Gemeinds-Gründen, und den Gebrauch redet unser Art. daß sie keine Dienstbarkeiten seyen. Aus Ursach, weilen sie der Gemeind eigen seynd, ein eigne Sach aber, wie wir öfters gemeldt haben, kan niemand dienen. Ingleichen setzt der Art. bey, daß, wann zwey oder mehrere Gemeinden vermischte Gründ, Aecker und Wisen haben, in welchen sie die gemeinschäfftliche Weyd geniessen, nachdeme die Früchten davon schon eingeheimset worden, solche Recht, die die Nachbarn vermischt innhaben, für Dienstbarkeiten nicht zu halten seyn. Dessen ist eben obige Ursach, weilen solche Recht eigenthumlich seynd, und jeden aus der Gemeind zugehören; Ja in einigen Orten, wann schon die Gründ der Gemeinden nicht vermischt, sondern unterschieden seynd, werden doch solche aus uralter Observanz zur Weyd gemeinschäfftlich besucht, wovon wir in semicent. nost. controv. 33. ein mehrers geredt haben. Dise uralte Recht also seynd unter Benachbarten gütlich eingeführt, und meistens von unfürdencklicher Zeit hero observirt worden, mithin unter die Dienstbarkeiten nicht zu zöhlen.

Dannenhero unser Art. den Schluß macht, daß, obwohlen, wie wir vorgemeldt haben, solche Recht eigenthumliche Dienstbarkeiten nicht können genennt werden, jedoch in dem Fall, wo unter denen Benachbarten ein Stritt entstehet, bey Probirung derselben eben jenes beobacht werden müsse, was in vorgehenden Articuln zur Prob der Dienstbarkeiten erfordert wird, dessen kein andere Ursach seyn kan, als daß solche Recht fremd und der Freyheit widrig seynd. Ist sich also nicht zu verwunderen, wann zu deren Prob auch, wie bey denen Dienstbarkeiten, eine gleiche Prob erfordert wird, und zwar, weilen die Weyd-Recht, wovon der Art. ein Exempel macht, unterbrochne Recht seynd, und ein unfürdenckliche Zeit erforderen.

Wann man fragt, was für eine Action wegen solchen Nachbarlichen Rechten zustehe? So antworten wir, daß die Actio confessoria wegen dergleichen nicht cörperlichen Rechten nicht anderst, als wegen denen Dienstbarkeiten zustehe, DD. ad §. 2. Inst. de act. Wo Mynsing. n. 22. sagt. Daß dise Actio nicht allein wegen denen Dienstbarkeiten, um solche zu vindiciren, zustehe, sondern auch um ein jedwederes uncörperliches Recht zu beschützen, wo nicht directè, wenigist utiliter, wie Harprecht ibidem n. Und Oldendorp. class. 3. act. 4. quaest. 3. n. 5. beysetzen. Die mehriste Bauern haben wegen solchen Nachbarlichen Gerechtigkeiten ihre gewisse Verträg, mit welchen der unter ihnen getroffne Verglich erwiesen, und die Gattung der Action abgenommen werden kan, wann aber keine Briefliche Urkunden verhanden, so muß die quasi Possession von unfürdencklicher Zeit erwiesen werden, und alsdan hat ohne Anstand die Actio confessoria Platz, weil solche Recht denen Gründen ankleben, wegen welche die Actio confessoria erfunden worden. 2.

Der zehende Articul.

Als sich etliche Gemeinden unterstehen, wann ihr Hoff-Marchs- oder andere Gerichts-Herrschafften ihre Hoff-Bäu verstifften, und dannoch zu ihrer Hauß-Nothdurfft etliche Stuck Viehs halten, daß sie solchem Vieh die Gemeind-Weyd nicht zulassen, sondern sperren wöllen, so soll aber der Gleich-Sperr und Einhalt fürterhin nicht mehr gestattet werden. Doch daß ein solcher Gerichts-Herr kein Bestand-Vieh annemme, sondern allein so vil auf die Gemeind-Weyd schlage, als vil er zu seiner Hauß-Nothdurfft bedürfftig; Wollte er aber Bestand-Vieh annemmen, oder Vieh zur Möstung, und Verkauff einstelstellen, soll er dasselb auf sein eigne, und nicht in die Gemeind-Weyd schlagen.

Summaria.

1. 3. 4. 5. 6. Ob die Eigenthums- und Gerichts-Herrn berechtiget seyn ihr Vieh in Gemeinds-Weyd auszuschlagen?

2. Wie vil Vieh der Herr in die Gemeinds-Weyd ausschlagen könne?

7. Ob

7. Ob denen Herrn erlaubt seye, Bestand und Mast-Vieh aufzunemmen, und in die Gemeinds-Weyd auszuschlagen?
8. Wann das Recht zu weyden eine Dienstbarkeit seye?
9. Und ob sie ein Grund- oder *Personal*-Dienstbarkeit sey?
10. Ob der Vogel-Fang und das Jagen unter die Grund-Dienstbarkeit gezehlt werde?
11. Ob dem Herrn des dienenden Grunds in seinem eignen Grund alles zu thun erlaubt seye, wann nur die darob stehende *Servitut* nicht gehindert wird?
12. Wann einer einem in seinen Gründen das Weyd-Recht gestattet, ob er auch mit solchen die Weyd geniessen könne?
13. Ob einer neben jenem, der zu erst die *Servitut* erhalten hat, auch andere das Weyd-Recht gestatten könne?
14. Ob jedem erlaubt seye, ein Fenster in sein eigne Mauer zu setzen, wodurch er in des fremden Guth sehen kan?

1. In disem Art. wird die Frag gestelt, ob auch die Hoff-Marchs, oder andere Gerichts-Herrn berechtiget seyen, ihr Vieh in die Gemeinds-Weyd auszuschlagen? Und zwar, was jenen Fall betrifft, da der Herr eines Dorffs oder Gemeind zu gleich Grund- und Vogt-Herr ist, ist kein Zweiffel, daß er nicht berechtiget sey, sein Vieh mit denen Bauern solchen Dorffs auf die Gemeinds-Weyd auszuschlagen. Aus Ursach, weilen im 6. Art. 25. Tit. ausdrucklich gesagt wird, daß dergleichen Gemeinds-Grund denen Hoff-Marchs oder Gerichts-Herren zugehören, und zwar nach beschehner Auslegung des 7. Art. vorgehenden Tituls, mit solchem Recht, wie die Haupt-Güther dem Grund-Herrn zugehören, nemlich Jure directi dominii, weilen solche Gemeinds-Gründ erachtet werden, ein Theil der Haupt-Güther zu seyn. Gleichwie nun denen Unterthanen selbsten in solchen Gründen das Weyd-Recht Jure utilis dominii zustehet, also auch stehet solches Recht auch denen Grund-Herren Jure dominii directi zu.

Man wird widersetzen, wann die Gemeinds-Gründ Jure utilis dominii zu denen Haupt-Güthern der Unterthanen gehörig seynd, so folgt, daß dem Grund-Herrn kein Mit-Weyd Recht zustehe, aus Ursach, weil aller Nutzen solcher Haupt-Güther denen Unterthanen zugehört, also auch aller Nutzen von denen Gemeinds-Plätzen. Aber eins sowohl als das andere ist falsch; dann das Dominium directum ist nicht unfruchtbar, dann die jährliche Gült- und übrige herrschafftliche Præstationen seynd Früchten des Dominii directi. Wann also der Grund-Herr aus denen Haupt-Güthern einen Nutzen hat, warumen soll er aus denen Gemeinds-Güthern keinen Nutzen haben, worüber er doch das Dominium Directum hat.

2. Weithers wird man einwenden, daß also der Grund-Herr berechtigt seye, daß er gleichen Gestalten mit allen Unterthanen die Weyd genissen könne, also daß, wann die Gemeind zum Exempel 200. Stuck Vieh auf die Gemeinds-Weyd ausschlagt, der Grund-Herr auch so vil ausschlagen könne. Wir vermeynen, aber, daß diß unserm Art. nicht conform seye, dann hier wird die Proportio Geometrica beobachtet, und nicht Arithmetica, und auf jeder Famili Nothdurfft gesehen, wovon wir kurtz hernach mehrers reden werden. Unterdessen wissen wir gantz wohl, daß deßwegen unter denen Herrschafften und Unterthanen sehr vile Stritt seynd, weil die Bauern meistens behaupten, daß ihr Grund-Herr nicht berechtiget seye, mehr Vieh zum unterhalten, und auf die Weyd zu schlagen, als einer aus denen Bauern, der einen gantzen Hoff hat, auszuschlagen pflegt. Vor wenig Jahren, da ein nasser Sommer, und überflüssige Weyd ware, hab ich auf meiner Bauern Bitt erlaubt, daß sie einen Theil davon mehen könten. Da haben die Bauern mir verächtlich zu meinem Theil so vil angewiesen, was einem gantzen Bauern betroffen hat, welches ich dissimulirt hab, obwohlen dise Proportion-Krafft dessen, was folgen wird, keinen Grund hat, unterdessen kommete mir sehr ungeschickt vor, wann der Grund-Herr die Helffte begehrte, weilen er hiedurch mehr Schaden als Nutzen empfinden wurde. Dann wann der Gmeind der Viehs Nutzen benommen wird, so wird nichts als die Verödnung der Güther und Velder erfolgen, und denen Güthern die nöthige Begailung entzogen. Ist dahero dem Grund-Herrn der Gebrauch gemeiner Weyd also zugelassen, damit er ihm durch solchen nicht vilmehr schade als nutze; Und obwohlen der Herr wegen des Dominii directi einen Nutzen durch Beziehung der Gült, und anderen Herrschafftlichen Præstationen hat, so gehört doch mit mehrern Recht der Nutzen denen Unterthanen zu. Ein Exempel ist gleich verhanden, dann vor 3. Jahren hat einer aus meinen Unterthanen so reichen Schnitt gehabt, daß er 80. Schöber Waitzen eingeführt (60. Garben aber machen einen Schober aus) und aus jeden Schober ein Schäffl Waitzen getroschen, von welchen 80. Schaffen er mir als des Orts Herr mehr nicht dann ein Schaff zur Gült gelieffert hat, wie kan also der Herr bey denen Gemeinds-Güthern die Helffte des Nutzen begehren, wo er doch zu Zeiten kaum den Zehenden

Theil

Theil des Nutzen aus der Güther Früchten bekommt?

3. Was ist aber 2. zu sagen, wann die Grund-Herrn zugleich keine Vogt-Herrn seynd, wie in mehreren Orten geschicht, daß die Jurisdiction zum Land-Gericht, das Eigenthum aber privat-Leuthen, Burgern, oder anderen vermöglich der Jurisdiction nicht fehigen Persohnen zugehören? Gewiß, die oben angeführte Ursach bringt mit sich, daß auch disen das Mit-Weyd-Recht zustehe, weilen nemlich die Gemeinds-Gründ denen Grund-Herren mit denen Unterthanen und Bauern gemainschäfftlich seynd, weilen darfür gehalten wird, daß sie ein Theil der Haupt-Güther seyen.

4. Aber hat wohl 3. der Vogt-Herr, der in solchen Dorff kein Eigenthum hat an denen Grund-Güthern, das mit Weyd-Recht? Diß kan von darumen in Zweiffel gezogen werden, weilen anscheint, daß diser Nutzen allein Jure Dominii zustehe, weilen aber der Art. nicht allein ausdrucklich von den Hoff-Marchs Herrschafften, sondern auch disjunctivè von anderen Gerichts-Herrschafften ja in der Rubric allein von den Gerichts-Herrschafften Meldung thut, so vermeynen wir, klar genug zu seyn, daß denen blossen Vogt-Herren daß Mit-Weyd-Recht nicht abgesprochen werden könne. Aus Ursach, weilen der Vogt-Herr ein Theil, ja mehr als ein Theil der Gemeind ist, weil er das Haupt ist; dahero er ja auch mit anderen Gemeinds-Glideren die Gemeinds-Nutzungen mit zu geniessen hat, gleichwie wie schon oben bey dem 6. Art. 25. Titul geredt haben, daß auch denen Taglöhnern, welche nichts eignes im Dorff haben, nichtsdestoweniger ein Gemeinds-Nutzen gebühre.

5. Welches doch unsers Erachtens 4. also zu verstehen ist, wann der Vogt-Herr aldort, wo er die Weyd mit geniessen will, mit seiner Famili wohnet, weilen, wann er anderstwo wohnhafft ist, so kan er kein Gemeinds-Glid genennet werden, noch mit Recht einen Gemeinds-Nutzen begehren; dann es wäre sehr befremdlich, wann ein Land-Richter, der mehr dann 50. Dörffer unter seiner Jurisdiction hat, in allen ein gewisse Zahl Vieh halten, und aldort die Gemeinds-Weyd genissen, ja und villeicht auch andere Gemeinds-Gerechtigkeiten, als das Holtz schlagen, fischen, Aichelen schlagen und dergleichen brauchen und geniessen wolte. Dann niemand wird sich bereden, daß diß des Art. Meynung seye.

6. Jenes 5. scheint sehr hart zuseyn, daß, wann der Hoff-Marchs Herr sein Hoff-Guth anderen in Bestand gibt, ihm doch erlaubt seyn soll, sein Vieh, so er zur Hauß-Nothdurfft nöthig hat, auf die Gemeinds-Weyd auszuschlagen, weilen anscheint, daß die Gmeind dopplel gravirt werde, nemlich durch den Beständner des Herrschafftlichen Hoffs, der ohne Vieh nicht seyn kan, wann er aus den Hoff will Früchten samlen, und hingegen die Herrschafft ihr Vieh nicht weg thun will; weilen aber unser Art. diß ausdrucklich zulasset, so ist an dessen Billigkeit nicht mehr zu zweifflen, und aus disem erhellet sattsam, daß der Bauern ihr Absehen, welche denen Herrschafften den Gemeinds-Nutzen in dergleichen Gemeinds-Güthern auf die Proportion eines gantzen Bauerns einschräncken wollen, keinen Grund habe, weilen sowohl dem Herrn selbsten, als dem Beständner des Herrschafftlichen Hoffs Krafft dises Art. die Mit-Weyd zugesprochen wird.

Jedoch gantz recht wird 6. denen Herren verbotten, daß sie kein Vieh in Bestand nemmen, und auf die Gemeinds-Weyd treiben lassen sollen, so minder, daß sie Mast-Vieh auf die Gemeinds-Weyd ausschlagen sollen, weilen dise Recht, wie oben auch von Scharwercken gesagt haben, mehrers zum Nutzen als zum Gewinn denen Herren zugelassen werden. 7.

Aus welchem 7. schließlich folget, daß dem Herrn erlaubt seye, so vil Mast-Vieh nemlich Oxen, Kälber, Schaaf und Lämmer auf die Gemeinds-Weyd zu treiben, so vil er zur Hauß-Nothdurfft nöthig hat.

Wir wollen unsern Brauch nach noch etwelch wenige Fragen, welche von den Dienstbarkeiten in Bayerland zum öffteren Fürfallen beysetzen.

Und vor allem ist ein täglicher Stritt wegen der Weyd, welche von wegen des gemeinen Weesens vor altem so besorgt worden, daß auch die Kayser, und höchste Fürsten ihre eigne Wißmäder für ihr Vieh zu Weyd gehabt haben; und wegen solcher Weyd ist dem 11. Buch Cod. ein gantzer Titul verhanden. Und wegen solcher

Ist die erste Frag, ob und wann die Weyd aus einer Dienstbarkeit behauptet werden könne? Und vor allem wird ein Unterschied gemacht unter einer allgemeinen und privat-Weyd gemacht. Die allgemeine Weyd ist, in welcher alle und jede Gemeinds-Leuth in denen zur Gemeind gehörigen Gründ-Wiesen, und Wälderen ihr Vieh zugleich weyden, dem gemeinschäfftligen Hirten das Vieh zum Hietten anvertrauen, und denselben um gewisses von jedem Kopf bedingen, welcher jedem aus der Gemeind-Krafft solchen Contracts und Bestand verbunden ist. L. si 8.

quis

quis 9. §. Imperator. ff. loc. conduct. wo der Kayser Antoninus rescribirt zu haben gesagt wird, daß der Hirt die von denen Strassen-Raubern ohne seinen Betrug weg getriebne Gaissen zu ersetzen nicht schuldig seye. Die privat-Weyd ist, welche einem aus eignen Recht allein für sein Vieh in eignen Gründen zustehet. Bey dergleichen beyden sowohl allgemeinen als privat-Weyden ist keine Dienstbarkeit darunter begriffen, weilen vorbesagter Massen sein eigne Sach niemand dienen kan. Zu deme also, daß das Weyd-Recht eine Servitus genennet werden könne, wird erfordert, daß einer sein Vieh in fremden Grund treiben könne. Cæpoll. de servit. rust. præd. cap. 9. n. 1. Schneidew. Inst. de servit. in princ. n. 28. Hart. Hartman. lib. 1. obser. Tit. 4. obser. 4. wie da Text seynd in L. 1. §. fin. ff. de serv. rust. præd. & §. inter rusticorum Inst. de servit.

9. Die andere Frag aber ist, ob die Servitut weyden zu dörffen, eine Grund-Dienstbarkeit seye, oder nur eine Personal-Servitut? Daß sie nur eine Personal-Servitut seye, ist enthalten in L. si quis una 32. ff. de usuf. wo Pomp. J. C. ausdrucklich sagt, es sey kein Grund-Dienstbarkeit, wann einem im fremden Grund zu weyden erlaubt ist, aus Ursach, weilen die Grund-Dienstbarkeit zwey Grund-Güther erfordert, deren eines dem anderen dienet. L. 1. ff. comm. præd. aber bey dem Weyd-Recht ist nur ein Grund, der dem Vieh dienet, und dienet keinem anderen Grund. Und daß sehr vil andeme, ob die Servitut eine Personal, oder Grund-Dienstbarkeit seye, gelegen, erhellet aus deme, weil eine Personal-Dienstbarkeit mittelst der ordinari Præscription, oder Verjährung von 30. 40. Jahren, ja in kürzerer Zeit erlangt werden kan, wie wir vom Usufructu seines Orts hören werden. Aber eine unterbrochne Grund-Dienstbarkeit kan nicht ausser in unfürdencklicher Zeit erworben werden, und, wie bey dem 6. Art. gesagt worden, wird bey einer strittigen Personal-Dienstbarkeit das Remedium possessorium zugelassen, bey der Grund-Dienstbarkeit aber verworffen.

Wir sagen also, daß das Recht zu weyden eine Grund-Dienstbarkeit auf zweyerley Weiß seyn könne. 1. Wann das Vieh zu Begailung der Aecker gehalten wird, weilen alsdann gesagt wird, daß des anderen Güther, so zur Weyd meines Viehs gewidmet seynd, die dienende Güther, meine Güther aber, so begailt werden, die herrschende Güther seyen, denen gedient wird. 2. Wann man setzt, daß eines Guths völliger Nutzen in dem Vieh bestehe, wie geschieht in denen Schwaigen, welche allein zum Vieh Ziegl gehalten werden, alsdann, wann ein solche Schwaig das Recht hat, das Vieh ausser seinen Bezürck in fremde Gründ zu treiben, so ist es eine warhaffte Grund-Dienstbarkeit, weilen gesagt wird, daß die fremde Gründ dienen, die Schwaig aber das Guth seye, dem gedient wird. Und dahero sagt Papinianus in L. 4. ff. de serv. rust. pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si prædii fructus maximè in pecore consistat, prædii magis quàm personæ videntur. Und daß das Recht zu weyden in einem fremden Grund mehrers unter die Grund- als Personal-Dienstbarkeiten gezehlt werde, beweißt sattsam der Text in L. 1. §. fin. ff. de serv. rust. præd. & §. inter rusticorum Inst. de servit. Bey uns wird gewiß der Stritt über das Weyd-Recht in fremden Grund ohne allen Anstand nach denen Reglen ausgemacht, welche oben wegen denen unterbrochnen Grund-Dienstbarkeiten vorgeschrieben worden, obwohlen in dem Fall, wo einer das Recht hat, sein Vieh in fremde Gründ zu treiben, und keine Aecker oder Grund-Güther hat, wegen welchen solches geschieht, solche Servitut anderst nicht als eine Personal-Dienstbarkeit angesehen, und erkennt werden kan, und also kein Real sonder nur personal Action gebehrete. vid. Covar. lib. 1. var. resol. cap. 17. n. 11.

Drittens wird gefragt, ob auch der Vogl-Fang, und Jagdbarkeit unter die Grund-Dienstbarkeiten gezehlt werden? Wir wollen hier nicht disputiren, ob das Jagen, und der Vogl-Fang nach dem Völcker Recht allen erlaubt seye, weilen offentlich bekant ist, daß dise Freyheit durch den Gewalt der mächtigeren Herren schon längsten aufgehöbt worden, weilen jedoch Jure feudorum §. si quis rusticus. Tit. de pac. tenend. Zu Erhaltung des Fridens, weilen aus dergleichen Gerechtigkeiten nichts als Rauff-Händl und Injurien entstehen, so ist das Jagen in fremden Aeckern verbotten worden (doch die Behren, Wölff und andere dem gemeinen Weesen schädliche Thier ausgenommen) gar offt wird in Disput gezogen, ob jener, der das Recht zu jagen in fremden Gründen und Wäldern prætendirt, mit einem Personal-Recht, oder mit einer Real-Servitut gegründet seye? Und insgemein wird darfür gehalten, daß die Jagtbarkeit in fremden Grund unter die unterbrochne Grund-Dienstbarkeiten zu zehlen seye. Gail. 2. obs. 68. n. 10. & seq. Cæpoll. de serv. cap. 21. n. 8. & seq. Hartm. lib. 2. Tit. 24. obs. 6. Wir jedoch vermeynen, daß der Unterschied zu machen seye, ob einer die Jagdbarkeit in frem-

fremden Grund geübt habe wegen des ihme zugehörigen benachbarten Grunds, oder allein der Persohn halber, weil er kein anstossendes Guth hatte? In dem ersten Fall kan zugelassen werden, daß das Jagen ein Grund-Dienstbarkeit seye, aber in dem anderen Fall nicht. Bey uns in unsern Vatterland hat dise Sach keinen Anstand, weil die Jagd des hohen Wilds meistens in gewisse Bezürck eingeschränckt ist, die Jagd aber des minderen Wilds denen Edl-Leuthen überall gemein, anderen aber und nicht adelichen Persohnen allein in ihren Hoff-Marchen, wann sie einige haben, zugelassen, in fremden Gründen aber gäntzlich verbotten ist. Worüber zu lesen seynd Controvers. nost. 1. 2. & 3. semicent. 2.

11. Viertens wird gefragt, ob und was dem Herrn des dienenden Grunds in seinem eignen Guth zu thun erlaubt seye? Die gemeine Antwort ist aus dem L. 9. in princ. ff. si serv. vind. und ex L. si manifestè 7. in fin. L. si in ædibus. 9. Cod. de serv. & aq. L. 2. Cod. de Leg. aquil. Wo gemeiniglich eine Regul gesetzt wird, daß der Herr in seinem eignen Grund nichts verfügen darffe, wodurch die dem anderen zustehende Servitut verhindert werde. Aus welcher Regul folgt, daß dem Herrn wenigist jenes erlaubt seye, was des anderen Servitut nicht verhindert. In wem aber diß bestehe, seynd beständig vor denen Gerichtern Stritt-Händel, wir setzen disen Casu, daß einer in des anderen sich selbst sehr mageren und unfruchtbaren Gründen das Weyd Recht habe, der Herr der Gründen aber verhofft, daß er sothane Gründ in solchen Stand herstellen könne, daß er mit seinem grösten Nutzen alldort Getraid säen, oder Wein pflantzen könne: daß dises dem Herrn der Gründen erlaubt seye, werden von einigen dise Ursachen beygebracht, weil ein jeder Herr über sein Sach Meister ist, und absurd zu seyn anscheint, daß einer von seiner Sach, welche ihme ohne Widerred eigen ist, keinen Nutzen haben solle, welches ja geschehete, wann ihm nicht erlaubt wäre, seinen unfruchtbaren Grund von darumen, weilen der Nachbar alldort das Weyd-Recht hat, fruchtbar zu machen, und dahero Gravett. consil. 291. n. 4. und Corn. vol. 4. consil. 188. n. 9. Die Parthy des Herrn halten, und sagen, daß nemlich dem Herrn erlaubt seye, den unfruchtbarn Grund fruchtbar zu machen aus Ursach, weil die erlangte Servitut so lang dauret, so lang die Sach in gegenwärthigen Stand verbleibt. L. quæro. §. inter locatorem. ff. locati L. quod servit. ff. condict. ob caus. Hernach seynd dise zerschiedene Recht, das Weyd-Recht, und das Recht zu verbietten, daß der dienende Grund nicht soll fruchtbar gemacht werden. Es wird aber kein gute Schluß-Red gemacht, wann man sagt; mir stehet das Weyd Recht zu in deinem Grund, ich kan also verbietten, daß du deinen Grund nicht fruchtbar und nutzlich machen sollest. Dann das Weyd-Recht ist Servitus affirmativa, das Verbott aber Servitus negativa, und also Himmelweit von einander unterschieden. Andere aber sagen zum Widerspihl, daß der Herr des Grunds, dem gedient wird, sich der ihm in des anderen Grund zustehenden Servitut frey bedienen könne. L. certè. §. si totus. ff. de servit. præd. rust. L. uti frui. §. fin. ff. si Ususf. pet. Hernach ist klaren Rechtens, daß der Herr des dienenden Grunds die rechtmässig aufgerichte Servitut nicht schmählern könne. L. Servitutes §. si antea. ff. de serv. urb. præd. L. sed si quis §. proprietatis. ff. de usuf. Uber dise Frag lese den cæpoll. de serv. rust. præd. cap. 9. n. 4. & seq. Schneidew. Inst. de servit. n. 33. & seq. Covar. var. resol. 1. cap. 17. n. 11. Und dise Frag nennet nutzlich und lustig. Besold. in delibat. Jur. ad lib. 8. quæst. 4. Und sagt, gewis zu seyn, daß dem Herrn des dienenden Grunds, wann das Recht der Servitut in seinem Weesen verbleibt, in seinem Grund alles zu thun erlaubt seye. Und andertens auch mit Schmählerung der den anderen zustenden Servitut, wann man setzt, daß dem anderen die geschmählerte Servitut noch genug seye: Krafft unsers oben schon ausgelegten 8. Art. Zum Exempel, wann jener, deme in meinen unfruchtbaren Gründen das Weyd-Recht zustehet, Weyd genug hat, wann ich schon die Helffte der Gründen zu Aecker, oder Wein-Gärten mache, gewiß ich kan nicht gehindert werden, daß ich solches nicht thun könne, dann wann Krafft bemelten Art. ich einen gewissen Theil zu meinem Gebrauch nemmen, und einschliessen kan, welches der Art. klar statuirt, so kan ich auch solchen Theil in andere und bessere Nutzen herstellen. Lese doch den Berlich. lib. 2. n. 23. & seq. mod. Pistor. consil. 7. quæst. 6. n. 33. & consil. 16. quæst. 1. n. 6. & seq. lib. 2.

Es wird aber weiters 5. gefragt, ob jener, der einem in seinen Gründen das Weyd-Recht zugelassen, er auch selbsten den Gewalt habe, alldort sein Vieh zu weyden? Und wir antworten mit Ja, nach der Rechts-Gelehrten gemeinen Regul, weilen darfür gehalten wird, daß solche uncörperliche Recht zur Servitut cumulativè und nicht privativè zugelassen worden, wann nur für beyde Weyd genug verhanden ist. Berlich. loc. cit. n. 8. 12.

Covar.

Covar. lib. 1. var. resol. cap. 17. n. 11. Cassan. ad consuet. Burgund. rub. 13. §. 5. n. 3.

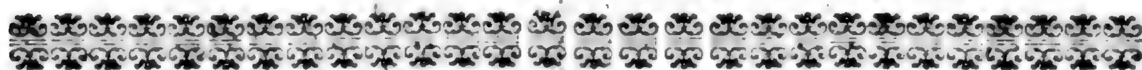
13. Eben disest 6. ist zu sagen, wann der Herr des dienenden Grunds neben jenem, der zu erst die Servitut erlangt hat, auch anderen das Weyd-Recht geben will. Dann, daß er diß thun könne, wann die Weyd für mehrere erklecklich ist, ist kein Zweiffel; Modest. Pist. part. 3. quæst. 106. n. 2. Wo er doch gantz recht sagt, daß das Gericht über dise Frag, ob die Weyd erklecklich sey, oder nicht, schwer seye, nach dem gemeinen Sprich-Wort, daß kein Müller Wasser, und kein Schäffer Weyd genug hab. Aber unser 8. Art. um dise Beschwärnuß bey Seiten zu setzen, laßt dises der Richterlichen Ermässigung über.

14. Sibendens wird gefragt, ob einem jeden erlaubt seye, ein Fenster in sein eigne Mauer einzusetzen, wodurch er in das fremde Guth sehen kan? Hierüber stehen vile Doctores an, bey Harprecht ad §. 1. n. 31. & seq. Inst. de serv. Daß nicht erlaubt sey, ist Ursach, weil des Nachbars Freyheit beschädigt wird, deme sehr schwer ist, daß anderen seine Heimlichkeiten offen stehen sollen, und nach Meynung des Xenocratis ist eins, ob einer die Augen oder die Füß in das fremde Guth setzt. Cujac. lib. 1. obser. 31. und scheint ein Text zu seyn in L. eos 39. ff. de serv. urb. præd. Wo gesagt wird, daß jener, der das Recht Liecht zu führen nicht hat, nach eröffneter blinden Mauer, auf keine Weiß ein Fenster einsetzen könne, wo die blinde Mauer für eine gemeine Mauer nicht genommen werden muß, sondern für eine Mauer, welche keine Fenster hat, juxta Virgilium 5. Æneidos.

Parietibus textum cæcis iter, ancipitémque mille viis habuisse dolum.

Ein blinde Wand nennens die Teutsche, das ist, woraus kein Aussehen ist, und ein Fenster zu halten nicht erlanbt ist: Blind-Löchel nennens die Münchner. Andere hingegen sagen, daß jedem frey stehe, in seinem Hauß zu thun, was er will, und absonderlich Liecht und Lufft einzulassen, Dann was soll hinteren, wann ich ein Fenster machen kan um auf offentliche Straß sehen zu können, daß ich nicht auch ein Fenster machen könne, in ein Privat-Ort sehen zu können, weilen durch den Prospect ich dem anderen nicht schade, absonderlich, wann die Fenster vergättert seynd, daß nichts hinaus geworffen oder geschüttet werden kan? Dann, weilen diß von Rechts wegen verbotten ist, und jener, der das Recht etwas auszuschütten und zu werffen auf des anderen Grund prætendirt, das muß diß probiren, daß ihm solches als eine Servitut gebühre. L. 1. ad fin. ff. de servit. præd. urb. Ist also an sich selbsten klar, daß zu solchem Ende ein Fenster zu machen nicht erlaubt seye. D. Besold. in delibat. Jur. lib. 8. ff. quæst. 12. mit Donell. comment. Jur. 11. cap. 5. Kan nicht begreiffen, daß das Sehen in deme bestehe, daß die Bildnussen der Sachen in denen Augen gefaßt werden; Diser Sentenz aber, wo nicht gantz, wenigist zum Theil ist bey denen jetzigen Philosophis so gemein, daß sie wider den Widersprecher in einem finstern Zimmer dergleichen Bildnussen, welche sie rerum Species nennen, gantze Regimenter zum streitten vorstelleten, wie zu meiner Zeit D. Rosa einem fürnehmen Generalen zu Ingolstadt auf dem Mathematischen Thurn gezeigt hat. Zu geschweigen, daß allein die Gesundheit des Luffts Ursach genug ist, daß niemand in seinem eignen Hauß Fenster in seine Mauer zu machen abgeschlagen werden solle. Auf den zum Widerspihl oben allegirten Text in L. 39. Antworten wir, daß des Bartholi Meynung allda irrig seye, weil er gesagt hat, daß einer in einer gemeinsamen Mauer kein Fenster machen könne, wann solches zuvor nicht erlaubt worden, weil diser Text auf keine Weiß von einer gemeinsamen Mauer redet, sondern von einer Wand, so zuvor kein Fenster gehabt hat. Sagt also gantz recht Paulus J. C. daß jene, welche zuvor das Recht Liechter zu machen nicht gehabt haben, nach eröffneter Wand mit Unrecht Fenster gemacht haben; Als wolt er gleichsam sagen, daß, obwohlen in einer blinden Mauer Fenster zu machen jedem erlaubt ist, doch in vorgesetzten Casu die Erlaubnuß nothwendig seye, weil præsupponirt wird, daß das Verbott älter seye. Disen Text ergäntzen Cujac. lib. 1. obs. 31. und Duarinus 1. aniversl. disput 35. Wo sie für die gemeinsame Mauer aus dem Griechischen Text lesen blinde Mauer. Jenes macht zwar eine Difficultät, weilen durch dergleichen Fenster leicht in des Nachbarn Grund kan gestiegen werden, welches weit gefährlicher ist, als einen blossen Prospect haben. Und dahero in wohl bestellten Städten und Märckten gantz wohl geschieht, wann solche Fenster vergättert seyn müssen. Wann aber man setzt, ein solche Mauer sey gemeinschäfftlich, wie bemeldtes L. 39. hat, so sagt Bartholus gantz recht, daß ohne des Mit-Herrns Consens solches Fenster nicht könne gemacht werden. Ja die Condition des Verbietters ist besser, als dessen, so das Fen-

Fenster machen will. Obwohlen auch in vilen Orten wegen Lufft Einlassung, welche sehr nothwendig ist, vergätterte Fenster in der gemeinsamen Mauer, wann schon der andere nicht einwilliget, erlaubt seyn. Wovon kan gelesen werden Besold. loc. cit. circa fin.



Des XXVII. Tituls

Von Schäden die jemanden in seinem Güthèren oder Vieh beschehen.

Erster Articul.

Thut jemand dem anderen Schaden bey Tag oder Nacht, mit Aetzen an seinem Traid, Wißmad, Gärten, oder Aeckern, mit Uberäckern, Uberärn, Uberzäunen, oder Ubermähen, ist daß sich jener der den Schaden genommen hat, mit Lieb und beyd gütlich vertragen, oder ihme den Schaden bezahlen laßt, nach der Nachbarn Rath, er hab um seinen Schaden Pfand oder nicht, deß soll er gegen dem Richter kein Entgeltnuß haben, es soll auch der Richter noch Scherg den, welcher den Schaden ungefährlich, und nicht fürsetzlich gethan hat, darum nicht ansprechen, er habe dann einen Ankläger. Wäre aber der Schaden fürsetzlich und gefährlich, oder aus mercklichen Unfleiß, bey Tag oder Nacht beschehen, und der, welcher solches gethan, schwiege darzu still, und begehrte nicht selbsten den Schaden abzuthun, und alles wieder in vorigen Stand zu stellen, derselb soll durch den Richter, wann er gleich keinen Ankläger hätte, der Gebühr nach, und ernstlich gestrafft werden; Verruckt aber einer ein March, soll es damit gehalten werden, wie im 16. Articul ersten Tituls der Lands-Freyheit geordnet ist.

Summaria.

1. Wann einem in seiner Weyd ein Schaden zugefügt worden, was ihme für eine *Obligation* entspringe?
2. Was Rechtens, wann der Schaden zu Nacht, und nicht bey Tag geschehen?
3. Wann der Beschädigte ein Pfand genommen, ob nicht der Richter schweigen müsse?
4. Was Rechtens, wann der Beschädigte mit dem Beschädiger sich heimlich vergleicht, ob der Richter schweigen müsse, also daß der Beschädiger nicht gestrafft werden kan?
5. Ob bey wahrhafften *Delicten* die *Culpa lata* dem *Dolo* gleich gehalten werde?

Die Fortsetzung dises Tituls mit dem vorgehenden ist conform der Ordnung der Digestorum und des Codicis, dann gleichwie alldorten nach denen Tituln von den Dienstbarkeiten geschritten wird ad L. aquiliam, und actiones morales, also auch, nachdeme die Materi von Dienstbarkeiten vollendet worden, macht unser Durchleuchtigister Gesatz-Geber den Schritt auf den Titul von Schäden, welche einer in seinen Güthern oder an seinem Vieh leidet, dises Tituls erster Theil handlet vom L. aquilia, der andere aber betrifft die actiones noxales.

1. Und zwar der erste Articul handlet hauptsächlich von denen Weyd- oder Aetz-Schäden, wann nemlich einem in seinen Saamen, Wiesen, Gärten und Aeckern durch fremdes Vieh Schaden zugefügt worden; Dann ätzen heißt weyden, und dahero wird ein Aetz-Schaden ein durch Weyden verursachter Schaden, und eine Aetzung eine Fütterung genennt: Und ander-

dertens handlet der Art. von Zufügung eines Schadens, so im Uberäckern, Uberärnden, Uberzäunen, und Ubermähen zugefügt wird. Von disen beyden Arthen haben wir schon etwas in vorgehenden bey dem 23. 24. und 25. sonderheitlich aber bey dem 15. Tit. von Pfand und Pfandungen geredt, und wird ein mehrers bey dem 2. Art. part. 2. erklärten Lands-Freyheit nachfolgen. Wir werden auch beysetzen, was in disem Art. weiters erfüllet wird. Es wird also ein General-Unterschied gemacht, ob dergleichen Schaden, wovon wir erst geredt haben, allein ungefähr aus Unachtsamkeit, und Nachlässigkeit des Beschädigers, oder aus Vorsatz, und besten Gemüth, oder ex culpa lata geschehen seye. In dem ersten Fall stehet denen Partheyen frey, daß sie mit einander wegen des Schadens sich gütlich vergleichen können. In welchem Fall sowohl der Richter als der Scherg schweigen müssen; Weil eine gemeine Regul ist, daß in Burgerlichen Sachen, wo kein Kläger ist, auch kein Richter seye, wann aber solche Beschädigung aus lauter Nachlässigkeit, Unsorg, ja auch ex culpa levi oder levissima geschieht, so entspring allein ein Burgerliche Obligation, muß sich also der Richter nicht einmischen, so lang die Partheyen unter einander um gütlichen Vergleich handlen.

2. Und zwar 2. wird diß auch so weit extendirt, wann schon die Beschädigung bey Tag oder Nacht geschehen ist, dann, obwohlen wir nicht widersprechen, wie gleich folgen wird, daß die nächtliche Thaten in gewissen Fällen mehr verdächtig und schwerer seyn, als die tägliche, weilen erachtet wird, daß sie betrüglicher und doloser Weiß geschehen, weilen jedoch offt zu geschehen pflegt, daß die Bauern-Geschäfft zu Nacht verrichtet werden, absonderlich, wann bey Tag das Wetter nicht gut ist, und die Gefahr an Verweilung obhanden ist, daß bey der Nacht geschehen muß, was bey Tag hätte geschehen sollen, so kan leicht sich zutragen, daß auch zu Nacht aus Unsorgfält- und Nachlässigkeit etwas unterschleicht, so dem anderen schadet, und eine Civil-Action erweckt, ist also sich nicht zu verwunderen, wann auch wegen nächtlichen Schäden ein Privat-Vergleich erlaubt ist; Ja in jenen Orten, wo nicht allein die Pferd, sondern auch anderes Vieh zu Nacht auf die Weyd getrieben wird, kan leichter eine Beschädigung ohne Vorsatz und bestes Gemüth des Beschädigers sich zutragen, als bey Tag; Weil die Nacht an sich selbst zum fehlen mehr tauglich ist. Es muß also sich der Richter ohngebetter nicht einmischen, wann schon der Schaden zu Nacht zugefügt worden, zumahlen so lang nicht erhellet, daß der Schaden dolo malo oder culpa lata geschehen, so können sich die Partheyen allzeit gütlich vergleichen.

Drittens hat das Richterliche Amt nicht Platz, wann schon der Beschädigte zu seiner Satisfaction ein Pfand genommen hat. Dann obwohlen durch die Pfand-Nemmung der Beschädigte anscheint vor Gericht zu provociren, weil er solches nicht behalten kan, sondern hinter Gericht legen muß, wie oben bey dem 25. Tit. ausgelegt worden, so stehet doch dem Beschädigten allzeit frey, sich mit seinem Gegentheil zu vergleichen, wann nur der Schaden nicht aus Boßheit geschehen ist. 3.

Doch setzt der Art. bey, nach der Nachbaurn Rath. Das ist, mit Rath der Benachbarten, damit nemlich alles aufrichtig geschehe, dann wann der Beschädiger mit dem Beschädigten sich heimlich vergleichen will, damit sein boßhafftes Gemüth unbestrafft bleibe, also daß der Vergleich villeicht ohne Rath der Nachbarn um des Beschädigers Boßheit zu bedecken, heimlich beschlossen worden, so præjudicirt solcher Vergleich dem Richter nicht, daß er nicht von Amts wegen fürfahren, und den Beschädiger nach Gebühr bestraffen könne. Wie in all dergleichen Fällen Rechtens ist, damit die Delicta nicht unbestrafft bleiben. L. in delictis 4. §. 2. ff. de nox. act. Wir können dißfalls mehrere Exempel beybringen, in welchen die verborgene Delicta von Amts wegen müssen offenbahr gemacht werden, wann schon kein Kläger obhanden ist. Hierinnfalls aber muß der Richter nicht zu sehr sorgfältig seyn, damit er nicht zu vil und nicht zu wenig thue, weilen dise Bauers-Leuth bey dergleichen Feld-Schäden sehr genau seynd, und keine Klag sparren, und meistens so weit, daß sie, wann sie nicht einen Haß, wenigst einen Grollen anzünden, gleichsam unversöhnlich seynd, und also mehrers des Richters Güte, als Schärffe erforderlich ist. 4.

Diß doch ist zu mercken, daß, obwohlen bey wahrhafften Delicten die culpa lata dem Dolo nicht gleich gehalten wird, unser Art. doch die culpam latam mit dem dolo malo, oder mit der fürsetzlich verübten That gleich halte, weilen in dergleichen Burgerlichen Privat-Delictis und Verbrechen die Culpa lata vom Dolo wenig unterschieden ist, wie wir anderstwo schon öffters gesagt haben; Der Art. zwar redet allein vom mercklichen Unfleiß, welches Wort anscheint, daß es nur eine 5.

 levem

levem culpam anzeige, daß aber es von der Culpa lata zu verstehen seye, thut der mildere Sentenz einrathen, weil das Wort Mercklich mehr als Culpam levem sagt, wir haben aber niemahlen gesehen, daß der ex levi culpa entstandene Schaden, wo kein Kläger gewesen, von Amts wegen zu Gericht gezogen und offentlich bestrafft worden, wie solches auch nicht geschehen kan, weilen die aus solchen Schaden entspringende Actio civilis ist, in Burgerlichen Sachen aber allzeit dise Regul Platz hat, daß kein Richter seyn soll, wo kein Kläger ist. Diß alles ist gemein, und hat kein Allegirung der Texten nöthig. Zu letzt setzt der Art bey, daß, wann wegen verruckten March ein Stritt ist, solcher nach Innhalt des 16. Articul part. 1. der erklärten Lands-Freyheit ausgemacht werden müsse. Wovon auch kurtz zuvor wir ein mehrers gesprochen haben.

Der anderte Articul.

Wurde aber der, welchem der Schaden beschehen, sich mit deme, der ihme solchen gethan, gütlich nicht vertragen, sondern beklagt ihn, um daß er ihme an seinem Obst, Traid, Graß, Holtz, oder anderen Früchten, mit Aetzen, oder in ander dergleichen Weeg, unter Tags Schaden gethan, hat er Pfänd darum, so soll ihm jener den Schaden, nach Besichtigung und Erkanntnuß zweyer Nachbarn, vom Richter darzu geordnet, die alle Umständ der Zeit, und Beschaffenheit der Früchten, wohl in Acht nemmen sollen, samt dem Gerichts-Kosten wiederkehren, und dem Richter die Buß verfallen seyn. Wo aber solcher Schad bey der Nacht beschehen wäre, und der Kläger mit seinem Eyd bereden möcht, daß ihm von dem Antworter oder seinem Vieh, bey der Nacht Schaden beschehen sey, und darum Pfand hat, oder kans sonsten beweisen, wie recht ist, so ist der, der den nächtlichen Schaden gethan hat, solchen Schaden nach Erkanntnuß zweyer Nachbarn, darzu von dem Richter verordnet, mit der Zwyspihl, und den Gerichts-Kosten zu wiederkehren, auch dem Richter die Buß zu geben, schuldig.

Summaria.

1. Was für ein Unterschied zu machen seye unter dem bey Tag oder Nacht beschehnen Schaden sowol wegen der Prob Machung, als wegen der Bestraffung?
2. Warum diser Unterschied bey Gericht beobachtet werde, und nicht bey gütlichen Vergleich?
3. Ob zur Straff erfordert werde, daß der Schaden aus bösen Gemüth und fürsetzlich zugefügt worden, oder ob auch *levis culpa* genug seye?
4. Was für eine Straff solche Beschädiger leiden sollen?
5. Ob die Straff wegen boßhafft zugefügten Schaden *criminal* seyn müsse?
6. Was Rechtens, wann ein sehr grosser Schaden geschehen, ob der Beschädiger gehalten seye *actione furti*, oder *vi bonorum raptorum*?
7. Ob einer den Schaden durch Zeugen *probiren* könne, wann er kein Pfand hat, und nicht schwören will?
8. Ob in unzeitigen Früchten die Schätzung des Schadens geschehen müsse, nach der Zeit, wo der Schaden geschehen, oder wie theuer sie hätten als zeitig verkaufft werden können?
9. Ob einer wegen nächtlichen Schaden zum schwören zugelassen werde, als in eigner Sach?

Jetzt schreittet der Art. weiters, wie zu verfahren sey, wann die Partheyen sich wegen des zugefügten Schadens nicht vergleichen wollen, oder nicht können, sondern der beschädigte Theil vor Gericht gehet? Und alsdann ist vor allem gewiß, daß der ersuchte Richter die Administration der Justiz nicht abschlagen könne, L. 4. §. hoc autem. 8. ff. de damno infect. Wir wollen hier nicht vil disputiren von der Action L. aquiliæ und von denen Actionibus noxalibus. Wie vilerley sie seyen, und was unter jeden klagt werde, weil diß überall in denen Institutionibus zu haben ist, sondern wir bleiben bey dem Innhalt unsers Art. und sagen, daß unser Land-Recht einen zweyfachen Unterschied machen; Der erste ist, 1.
ob der Schaden zu Tag oder Nacht geschehen, und der ander, ob solcher mit Pfandung oder ohne Pfandung geschehen. Ist der Schaden bey Tag zugefügt worden,

den, und der Beschädigte hat gepfändet, so ist die Pfandung anstatt der Prob, also daß der Richter so gleich zwey Nachbarn abordnen kan, die den Schaden besichtigen, und alle Umständ der Zeit und Früchten erwegen sollen, damit, wann dise den Schaden geschetzt haben, der Beschädiger in solche Summ, und die Gerichts-Kösten vom Richter condemnirt, und nach Beschaffenheit der Sach bestrafft werden könne.

Wann aber der Schaden zu Nacht geschehen, und der Kläger eydlich behörten kan, daß ihme vom Beklagten, oder seinem Vieh zu Nacht Schaden zugegangen, und sein Vorgeben entweder mit dem gepfändten Vieh, oder mit Zeugen, oder anderen Proben erweisen kan, wie recht ist, so ist der Beschädiger zu doppleter Ersetzung des Schadens zu condemniren, nach Schätzung der vom Richter hierzu deputirten Nachbarn, und zugleich in die Gerichts-Kösten, und Richterlichen Straff.

Aus disem Art. nun, und aus dessen jetzt ausgelegten Unterschied seynd etwelche Puncten zu beobachten, und zwar 1. in dem Fall, da die Sach vor Gericht gelangt, ist zu mercken, daß ein merckliche Unterschied gemacht werde, unter den täglichen und nächtlichen Schadens Zufügung, sowohl wegen der Prob des Schadens, als wegen der Straff; Dann, wann der Schaden beym Tag geschehen, ist die blosse Pfandung zur Prob des Beschädigers genug; Wann aber die Beschädigung zu Nacht geschehen, so wird neben der Pfand-Nemmung auch des Pfänders Eyd, über den ihme vom Beklagten zugefügt Schaden erfordert, dessen scheint die Ursach zu seyn, welche wir kurtz zuvor angeführt haben, daß nemlich die Nacht die Delinquenten verdecke, der Tag aber solche offenbar mache, daß also billig der beym Tag zugefügte Schaden allein durch blosse Vorzeigung des Pfands erwiesen werde, zur nächtlichen Pfand-Nemmung aber zugleich auch des Pfenders Eyd erfordert werde.

Hernach 2. was die Bestraffung belangt, wird der, so bey Tag schadet, allein um den einfachen, jener aber, so bey Nacht schadet, um den doppleten Schaden in die Zwyspill verfällt. Die Ursach haben wir zuvor schon gegeben, weilen die nächtliche Delicta mehrers verdächtig seynd, als die bey Tag geschehen, und villeicht deßwegen auch ist neben Vorlegung des Pfands auch des Pfenders Eyd nothwendig, weil der Beschädiger um das dopplete gestrafft wird, wovon wir schon oben etwas gesagt haben.

Wann man fragt 3. warum diser Unterschied unter dem nächtlichen und täglichen Schaden, bey Gericht in Betracht gezogen werde, und nicht bey dem gütlichen Vergleich? so antworten wir, daß der Beschädiger ihm selbsten beymessen müßte, daß er den Handel habe vor Gericht kommen lassen; Dann eben darumen ergibt sich, daß er ein halsstärriger Mensch seye, und den Schaden mehr aus Boßheit als Unfürsichtigkeit zufügt habe. 2.

Ob aber wohl 4. zu dem, daß der Richter in beyden Fall nächtlich als täglicher Beschädigung straffen könne, allzeit nöthig seye, daß der Schaden aus bösen Gemüth und Vorsatz auch culpa latâ geschehen seye, oder ob auch bey Gericht culpa levis erklecke? Wir antworten, es seye auch unsers Erachtens die culpa levis genug. Aus Ursach, weilen in vorgehenden Art. wann die Sach zum Vergleich kommt, dem Richter des Schadens halber, welcher aus bösen Gemüth zugefügt worden, die Bestraffung zustehet. Muß also in disem Art. etwas mehrers begriffen seyn, dann weilen der Beschädiger in dem Fall, da er die Sach vor Gericht gelangen laßt, dopplet in der Schuld ist, weil er den Schaden zugefügt hat. Und 2. mit dem Beschädigten Sach nicht verglichen, und gestattet hat, daß er verklagt werde, dahero er billig nicht allein zu Ersetzung des Schadens, und Gerichts-Kösten condemnirt, sonder auch gemessen bestrafft wird. 3.

Wann man 5. fragt, wie solche Beschädiger bestrafft werden können und sollen? So antworten wir, daß die Straff willkürlich seye, weil weder diser noch der vorgehende Art die Straff auswirfft, doch ist an sich selbsten klar, daß der, so aus bösen Gemüth und Vorsatz Schaden zufügt, schärpfer bestrafft werden müßte, als jener, der nur aus Nachlässig und Unfürsichtigkeit schadet. Item hat jener ein grössere Straff verdient, der zu Nacht schadet, als der zu Tag schadet. Dann gleichwie der nächtliche Beschädiger den Schaden dopplet ersetzen muß, also vermeynen wir auch, der Richter werde nicht fehlen, wann er auch die Straff verdopplet, wie mit uns der 2. art. 32. tit. der Reformation de An. 1588. einstimmet, wo er befiehlt, daß der nächtliche Beschädiger um 72. Pfenning, der Beschädiger zu Tag aber um 36. Pfenning bestrafft werden solle. Lese auch das alte Buch von An. 1384. cap. 6 vers. um Schaden am Nacht Aetzen. Wo eben obiges enthalten ist, und gesagt wird, daß dise Straff wegen besonderen Excessen bey denen nächtlichen Beschädigern vermehrt worden. 4.

Wann

5. Wann man 6. fragt, ob nicht die Straff in dem Fall, da einer den anderen beschädiget, aus Vorsatz und bösen Gemüth, criminal seyn müßte? So antworten wir, daß part. 2. art. 2. der erklärten Lands-Freyheit, ausdrucklich statuirt worden, daß die Hoff-Marchs-Herren um überätzen, übermähen, überschneiden, überzäunen, überackern, übergraben, das Recht zu straffen haben. Kan also die Straff nicht criminal seyn; weilen die Hoff-Marchs Herrn in Vicedoms-Handlen nicht zu richten haben. Dessen ist villeicht die Ursach, weilen dergleichen Beschädigungen meistens gering und von schlechten Werth seynd, um ein Geringes aber hat die Actio doli nicht Platz L. si oleum. 4. §. fin. ff. de dolo. vid. Tyraquell. de Jud. in reb. exig. ferend. vers. 1. und Afflictus in consult. Neapol. rubr. 37. n. 1. & 6. wo insonderheit von Weyd-Schäden redet, und solche für gering haltet, welche keine Consideration verdienen, wann sie schon durch einen Tag oder Nacht geschehen. Berlich. lib. 2. Conclus. 34. n. 64. Menoch. de arb. cent. 2. Cas. 149.

6. Unterdessen 7. ist kein Zweiffel, daß, wann ein merckwirdiger und grosser Schaden durch Weydung, Uberäckern, Früchten Abschneiden oder andere dergleichen Weiß geschehen ist, sothanes Verbrechen in das Crimen furti, oder Bonorum raptorum, oder dergleichen Delictum einschlagen könne, welches den criminal Proceß nach sich ziehet.

7. Oben haben wir 8. gesagt, daß bey einem Schaden, so bey Tag zugefügt worden, allein die Vorlegung des Pfands zur Prob genug seye, bey dem Schaden aber, so bey Nacht zu gefügt worden, neben Vorlegung des Pfands des Beschädigten Eyd auch erfordert werde. Wird also weiters gefragt, obwann einer kein Pfand genommen hat, oder nicht schwöhren will, weilen zu Zeiten die erschrockne und gewissenhaffte Leuth auch in gerechtisten Sachen das Schwöhren fliehen; Und wir antworten, daß, wann solcher den Schaden mit Zeugen erweisen kan, solche Prob ohne Anstand zugelassen werden müßte. Aus Ursach, weilen die Prob durch Pfand-Nemmung privilegirt ist, wann also einer solche nicht brauchen will, so liegt nichts daran, daß er nicht auch die ordinari Prob durch Zeugen ergreiffen könne, wan nur die Zeugen nicht allein den Schaden, welcher leicht erwiesen werden kan, sonder auch den Beschädiger selbsten an Tag geben können.

Die 9. Frag ist, wann einer einen Schaden erlitten hat, da die Früchten noch nicht zeitig seynd, ob die Schätzung des zugefügten Schadens geschehen müßte in Ansehung der Früchten, was nemlich sie zur Zeit der Beschädigung gegolten, oder so theur selbe zur Zeit der Zeitigung hätten verkaufft werden können? Und die Rechts-Gelehrte wollen meistens, daß auf die Zeit der beschehnen Beschädigung wegen Ungewißheit der Zeitigung gesehen werden solle, weil sich viles zutragen kan, so die Zeitigung der Früchten verhindert. Boër. in consult. Biturig. Tit. de consult. §. 1. col. 2. Afflict. in consult. Neapolit. lib. 3. rubr. 36. n. 5. Oldendorp. class. 6. art. 19. de postul. pecor. rubr. quid ven. in hanc act. Berlich. part. 2. conclus. 34. n. 63. Menoch. de arb. lib. 2. cap. 149. 8.

Man wird einwenden 10. es seye schwehr, daß einer bey einem nächtlichen Schaden zur eydlichen Prob soll zugelassen werden, weil niemand in eigner Sach zu gleich Zeugen und Richter seyn kan. Mascard. de prob. vol. 1. conclus. 471. n. 24. Und wir antworten, daß des Beschädigten Eyd nicht erfordert werde zu Erweisung des zugefügten Schadens, sonder zu Erweisung der Persohn des Beschädigers, welche, weilen zu Nacht so leicht nicht kan erkennet werden, wie bey Tag, deßwegen muß neben vorgelegten Pfand auch der Pfender schwehren; Zu Erweisung aber des Schadens befiehlt der Art. daß die Schätzung nach Ermässigung zweyer Nachbarn geschehen müßte, die das Amt der Zeugen erfüllen. 9.

Der dritte Articul.

Ritte oder fuhr ein Gast, bey Tag einem über seinen Acker, oder Wißmad, und thät ihm Schaden, er hab Pfand, oder nicht, so mögen sie sich gütlich darumen miteinander wohl vertragen, ihnen beyden des Gerichts halben ohne Schaden. Wurden sie sich aber deßhalben nicht vertragen, so soll der, der den Schaden genommen hat, ohn Verzug vor dem Richter, oder zweyen Nachbaren anzeigen, wie vil er des Schaden genommen hab, und alsdann der Antworter ihme den Schaden

den nach Erkanntnuß des Richters, oder der zweyen Nachbarn widerkehren; und das Recht ist darum gesetzt, daß ein Gast seiner Tag-Raiß nicht gesaumet werde.

Summaria.

1. Wann die Reisende durch ihre Reiß denen Bauern in ihren Wißmäderen Schaden thun, ob sie zum Gast-Recht zu zulassen, und welcher Gestalten die Sach gütlich zu vergleichen seye?

2. Was Rechtens, wann der Verglich nicht Platz find, wie der Richter alsdann *summarissime* zu verfahren habe?

1. Es geschicht sich offt, daß die Reisende mit Reutten oder Fahren denen Unterthanen in ihren Saamen, Wißmäderen Schaden zufügen, die Zäun einreissen, damit sie die offne Strassen, so nicht reparirt seynd entgehen, wodurch sie in andere Gründ einreutten und fahren, und die Früchten nicht wenig verderben. Wider dise nun ist diser schon in der alten Reformation enthaltene Art. in die neue Lands-Recht von Wort zu Wort überschrieben worden, und zwar sehr vorsichtig, dann wir haben offt gesehen, daß aus dergleichen Excess grosse Ubel, und Ungelegenheiten enstanden seyen, weilen die durch Anzug der Gloggen, oder durch Geschrey des Beschädigten zusammen geloffene Bauern, mit Stangen und anderen Bauern-Waffen zusammen sich rotteten, und die Beschädiger hart tractirten, wie mir in Ober-Oesterreich widerfahren ist, da ich besseren Weegs halber den aus puren Spelten gemachten Zaun eröffnet hab, wo der Bauer, dem der Zaun zugehört hat, durch Pfeiffen gleichsam in einen Augenblück über 20. Bauern zusammen gebracht hat, denen ich den freyen Weeg zum passiren mit 45. kr. bezahlen müssen. Es ist also denen Reisenden nicht erlaubt, daß sie denen Bauern, da sie allerhand Umweeg suchen, auf denen Saamen, und Wißmäderen, mit Pferden, und beladenen Gutschen oder Wägen, Schaden zufügen, sonder sie müssen in der Haupt-Straß bleiben, und wann sie allda einen Schaden leiden, müssen sie dessen Ersetzung von jenem begehren, der den Weeg nicht hat machen lassen, der solchen zumachen verbunden ist; damit aber die Reisende in ihren Geschäfften nicht gehindert werden, disen laßt diser unser Art. Das Gast-Recht zu, das ist, den kürtzisten Weeg, wodurch der Beschädigte sein Satisfaction erhalten, der Reisende aber schnell expedirt werden kan.

Ist also der erste Weeg der gütliche Verglich, welchen der Beschädiger, und der Beschädigte unter ihnen treffen können, es mag ein Pfand genommen worden seyn nicht. Also der des Orts Richter nicht berechtiget ist, sich einzumischen, und den gütlichen Verglich zu verhinderen. Welches wir also verstehen, daß, wann solche Beschädigung aus Vorsatz und bösen Gemüth geschehen, nichtsdestoweniger sich der Richter nichts darumen anzunemmen habe, wie wir oben erwiesen haben, daß bey anderen unter denen Unterthanen beschehnen Beschädigungen rechtens seye. Die Ursach haben wir schon oben gegeben, weilen nemlich ein solche Beschädigung von grosser Wichtigkeit nicht seyn kan, daß also anscheint und billig zu seyn, die Reisende durch längeren Process, und Aufhaltung in grösseren Schaden zu setzen, als sie anderen durch den gemachten Umweeg verursacht haben. Wir halten also darfür, daß der gütliche Verglich erlaubt seye ohne Vorwissen des Richters, wann schon der Schaden fürsätzlich und aus bösen Gemüth zugefügt worden, weilen fürwahr dergleichen Leuth, die mit Fleiß von der Land-Straß abweichen, solches mit guten Glauben, oder aus Unfürsichtigkeit gethan zuhaben, nicht können gesagt werden; Und also verstehe ich die Worth des Art. Ihnen beyden des Gerichts halber ohn Schaden. Nicht das gleichsam dem Richter die Straff in salvo verbleiben soll, sonder daß der Verglich, so unter ihnen getroffen worden, Krafft habe, wann schon das Richterliche Amt völlig umgangen worden, wie wir dann auch diser Auslegung schon anderstwo behaubtet haben.

Wann aber zwischen dem Beschädiger und dem Beschädigten der Verglich sich zerschlagt, so wird abermahlen in dem Art. ein doppleter Weeg vorgestelt, erstlich daß der Beschädigte die Sach um schnelle Ausmachung vor Gericht bringen soll, oder 2. zwey Nachbarn zusammen rueffe, die den Schaden besichtigen, und der Billigkeit nach schätzen sollen; Was nun der Richter gesprochen, oder die Nachbarn geschätzt haben, das muß dem Beschädigten ersetzt werden, welches, wann die Reisende nicht thun wollen, so müssen sie ihnen selbsten beymessen, 2.

messen, wann sie aus eigner Schuld aufgehalten werden, und sollen nicht zweifflen, daß sie nicht nach angefangenen Process in dem Fall, daß sie unterliegen, in die Kösten und Richterliche Straff condemnirt werden können.

Der vierte Articul.

So jemand Hund, Bärn, oder Eber, Farn, Voln, Widder, oder ander dergleichen schädliche und gefährliche Thier hat, der mag das alles wohl haben, ihm und seinen Nachbarn zu Guetem. Es wäre dann ob der Vieh eins Schaden thät, den man nicht leiden möcht, die mögen ihm die Nachbarn mit Fron-Botten verbietten, behalt er dann solch Vieh darüber, was Schad fürbas einem beschehe, den soll er abthun, und dem Gericht die Buß verfallen seyn.

Summaria.

1. Was *Pauperies* seye, und was für *Actiones* deßwegen entstanden seyen?
2. Ob auch nach dem Bayrischen Land-Recht ein Unterschied seye unter der *Action de pauperie*, und unter der *Actionem ædilitiam in factum*?

Obwohlen in Vorgehenden wir gesagt haben, daß wir von denen Actionibus L. aquiliæ und noxalibus nicht reden werden, weilen solche aus denen Institutiones sattsam bekannt seynd, weilen jedoch die Dunckelheit und Obscurität unserer Art. weilen sie aus der alten Reformation, und uraltisten Bayerischen Statuten heraus gezogen worden, eine Erklärung erfordert, so sagen wir, daß der 1. 2. und 3. Art. dises Tituls eigentlich den Schaden betreffen, welchen einer dem anderen, wie wir vom L. aquilia gesagt haben, Injurias zufügt, als mit Abätzung der Saamen, Wißmäderen ꝛc. mit Uberackern, Uberschneiden, Ubermähen, Uberzäunen und dergleichen ꝛc. mit Verderbung der Aecker und Wiesen durch Gehen, Reutten, Fahren, Vieh treiben und dergleichen ꝛc. weil diß alles in einen aus denen 3. Absätzen des Legis aquilæ einschlagt, weilen sie das Factum hominis involviren. Aber die nachfolgende Art. handlen von dem Schaden, der nicht von Leuthen sonder vom Vieh zugefügt worden, welches eigentlich kein Schaden sonder Pauperies genennt wird, weil ein unvernünfftiges
1. Thier nichts Injurioses zufügen kan; Und dahero seynd zweyerley Actiones entsprungen, eine burgerliche, si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, wann das Vieh Schaden gethan hat, welche zustehet, wann das Vieh geschadet hat, welches unter dem Nahmen des Viehs enthalten ist, und Heerd-Weiß geweydet wird; Und die andere Ædilitia in factum, welche zustehet wegen denen Beschädigungen, so von denen Bestien verursacht werden, als von einem Hund, Eber, Sau, Bärn und dergleichen schädliche Thieren, welche Heerd-Weiß nicht geweydet werden. Von disen nun redet unser Art. also, daß wann einer einen Hund, Bärn, Eber, Oxen, Ganses, oder sonst ausschlagendes Pferd, oder ein anders dergleichen schädliches und gefährliches Thier gehabt, zwar in seinem Gewalt stehe, solches zu behalten, wann solches nur denen Nachbarn nicht schadet; Dann es können solche Thier so zahm werden, daß sie niemand schaden, wann aber ein solches Thier zu schaden gepflogen hat, so können die Nachbarn vorsorgen, daß durch den Schergen oder Fron-Botten solches Thier abgeschafft werde, welches wann er weiters behaltet, und nach dem Verbott vom Thier ein Schaden geschieht, muß solchen der Herr völlig ersetzen; Obwohlen der Herr den Schaden, welchen ein gezahmtes Thier zufügt, nicht ersetzen darff, wann er solches für den Schaden herlaßt.

Obwohlen nun diser Art. unter der Action de pauperie, und unter der Actionem ædilitiam in factum so klar keinen 2.
Unterschied macht, und anscheinet, daß er in der That allein die Schäden, welche von denen erzehlten Thieren zugefügt worden, mißbilliget, nachdeme zu vor von denen Gerichts-Bedienten dem Herrn abgeschafft worden, so glauben wir doch kräfftiglich, daß die Intention des Gesatz-Gebers nicht gewesen, dißfalls etwas von der Verordnung des gemeinen Rechts abzuänderen. Also daß so wohl die Actio de pauperie, als auch die Actio ædilitia in factum nach Beschaffenheit der Umständ und Thier auch nach unsern Land-Recht Platz habe, wann nicht villeicht diß allein ausnehmen willst,

daß ein schadhafftes Thier am Schaden nicht könne angelassen werden, wann solches zu haben auf Begehren der Nachbarn durch die Gerichts-Bediente verbotten worden; welches doch wir für etwas besonders nicht halten, weilen nach dem Verbott vilmehr der Herr, als das Vieh geschadt zu haben erachtet wird, welcher Schaden vilmehr Actione legis aquiliæ, als Actione de pauperie zu ersetzen ist. Oldendarp. de act. class. 6. art. 13. cap. 8. Mit einem Wort, weilen der Art. die haimische und schädliche oder gefährliche Thier in der Rubric so wohl als in dem Text zusammen setzt, und die Krafft in dem hauptsächlich setzt, ob der Schaden von solchen zugefügt worden, nach dem beschehnen Verbott, oder vor demselben, so vermeynen wir, daß die Intention des Gesatz-Gebers seye, daß nach dem Verbott das Vieh zwar nicht mehr am Schaden angelassen werden könne, übrigens doch die Actio de pauperie, und die Actio ædilitia in factum in solvo verbleibe. Wegen welchen dann abermahlen den Leser auf den 8. tit. Inst. de act. noxal. anweisen.

Der fünffte Articul.

WEr Brunnen oder Gruben gräbt, oder hat, der soll sie bewahren, als gewohnlich ist, damit den Leuthen und Vieh nicht Schad davon beschehe.

Summaria.

1. Wann einer eine Gruben Thier zu fangen gemacht, und solche nicht wohl verwahrt hat, also daß Schaden geschehen, ob solcher *Actione legis aquiliæ* gehalten sey?

2. Wann durch Graben die Aderen der benachbarten Brünnen abgeschnitten werden, ob einer denen Nachbarn den Schaden ersetzen müßte?

1. DIser Art. macht eine Verordnung vom gewisser und besonderer Arth zu schaden, nemlich wann einer in einem eignen Grund einen Brunnen, oder Gruben zu seinem Nutzen graben will, dann obwohlen diß einem jeden frey stehet, muß er doch Krafft dises Art. den Brunnen oder Grub also verwahren, damit nicht denen Leuthen oder Vieh dadurch geschadt werde. Diß ist die Materi des L. 18. ff. ad L. aquil. Wo gesagt wird, die Gruben zu Fangung der Bärn, und Hirschen machen, wann sie solche bey Weegen gemacht haben, hinein etwas fallet, und solches verderbt worden, solche seynd ex L. aquilia gehalten, wann aber sie die Gruben in anderen Orten, wo sie pflegen gemacht zu werden, gemacht worden, seynd sie um nichts gehalten. Dise Action doch hat Platz aus solcher Ursach, wann die Gruben nicht angekindet worden, und man solche nicht hat wissen, noch advertiren können, und gibt dergleichen viles, wodurch der Kläger kan abgewiesen werden, wann er der Gefahr hat entgehen können. Wo in nachfolgendem Lege mehrere Exempel beygebracht worden. Es erhellet zwar, daß der allegirte Text erfordere, daß die Grub offentlich soll verruffen werden aber unser Art. gehet noch sorgfältiger, weil er eine solche Versicherung und Verwahrung des Orts erfordert, daß keinem ein Schaden zugehen kan, welches ja weit besser ist, dann wie können die Kinder, und das Vieh, so kein Vernunfft haben, auf die offentliche Verbindung gehen?

Was in disem Lege von denen zu Fangung der Bärn und Hirschen gemachten Gruben gesagt wird, daß hat in unsern Vatterland in so weit Platz, als weit gehandlet wird von Fangung der wilden und schädlichen Bestien als von Bärn, Wölffen, Luxen, und wilden Wald-Katzen ꝛc. wann aber einer Gruben machen will auch in seinem Grund, um di Hirschen zu fangen, der wurde von Scharpf-Richter den Lohn empfangen, weil die Wildprett-Schitzen criminaliter gestrafft werden, wie wir weitleiffiger ausgelegt haben in Semicent. nost. 2. controv. 5. & 6. also daß so gar denen Bauern nicht erlaubt ist, um ihre Saamen zu bewahren, gefährliche Zäun nemlich mit angebränten spitzigen Stecken, an welche die Hirschen, da sie darüber setzen, sich spitzen können, auffzurichten. Man muß also sich von Fangung jenes Gewilds enthalten, deren Jagdbarkeit die Fürsten, und andere mächtigere Herrn so von uralten Zeiten sich zugeeignet haben. Gejaids Ordnung cap. 20. Ubrigens um die schädliche Bestien auszurotten ist alles erlaubt, und in Wildnussen, wo finstere und dicke Wälder seynd wo niemand leichtlich hin zu kommen pflegt, zum

zum Exempel in den Böhmer Wald werden zu Fangung der Bärn, Wölff, Luxen, und Wild-Katzen sehr vile Gruben gemacht, von welchen unsers Erachtens unser Art. nicht redet, da er denen Leuthen eine solche Versicherung der Grüben aufbürdet, damit sie niemand schaden können; Dann dise Grüben, welche in Wildnussen, worinn sich die schädliche Bestien aufhalten, zu dem End gemacht werden, damit sie mit List gefangen und aufgeriben werden; Es ist also genug, wann solche Grüben offentlich verruffen werden, damit sich die Reisende vorsorgen können, weil hingegen, wie wir zuvor gesagt haben, solche Verruffung bey denen übrigen Grüben nicht genug, sondern ein solche Versicherung und Einfangung nöthig ist, damit sie weder Menschen noch Vieh schaden können.

Was ist aber Rechtens, wann einer dise Versicherung vernachlässiget, und der andere wegen solcher Nachlässigkeit entweders am Leib, oder an Vieh Schaden erlitten hat, ist die Frag, ob und mit was für einer Straff solcher zu bestraffen seye? Absonderlich aber ob, und was für ein Action der Beschädigte habe, um den Ersatz der Beschädigung zu erhalten? Von beyden sagt der Articul nichts, obwohlen wir nicht zweifflen, daß dergleichen tieffen Gruben Graber sowohl zum Ersatz des Schadens, als auch zur Gerichtlicher Straff angehalten werden könne. Wann wir sagen, daß er nach Beschaffenheit der Umständ zu einem aus denen 3. Puncten des L. aquiliæ gehalten seye, so scheint daß jene Ursach im Weeg stehe, weil er in der That oder committendo, das ist, in selbst Begehen, nicht gesündiget hat, indeme einem jeden erlaubt ist in seinem Grund einen Brunnen oder Gruben zu graben, aber er hat allein in dem gesündiget, daß er die Gruben oder den Brunnen nicht verwahrt, und also eingefangen hat, damit solche niemand zu Schaden gereichen können, welches nur ein Nachlässigkeit und also culpa ommissionis ist, wegen welcher die Actiones L. aquiliæ nicht Platz haben. Wir aber antworten, daß ein solcher in allweg ex lege aquilia gehalten seye, weil er nicht allein in ommittendo im Unterlassen, sondern wahrhafft in committendo im Begehen gesündiget hat, weilen er nicht gethan, was er hat thun sollen, nemlich den Brunn oder Grub nicht verwahrt hat, daß selbe niemand schade. Hat also in der That gesündiget, weil er nicht gethan, wie er thun sollen, weßwegen er ex lege aquilia gehalten ist. Dergleichen Exempel haben wir in §. prætereà 6. §. imperitia 7. & §. impetu. 8. Inst. de lege aquilia. Wo vollständiger gefunden wird, wie und welcher Gestalten die Condemnation geschehen müsse, die Straff wird der Ermässigung des Richters überlassen, nicht zwar daß solche Straff ex lege aquilia entstehe, sondern, weilen solcher Krafft des Art. nach Gewohnheit und Observanz des Orts sich hatte verhalten sollen, als gewöhnlich ist. Dahero solcher billig in die Richterliche Straff, da er solches unterlaßt, verfallet. Ubrigens thun wir den Leser auf das gemeine Recht anweisen.

Mit Gelegenheit dises Art. wird gefragt, weilen ein jeder in seinem Grund 2.
einen Brunnen graben kan, ob solches auch erlaubt seye mit Schaden seiner Nachbarn. Zum Exempel ich hab in meinem Grund aus Rath eines des verborgenen Wassers wohl verständigen und erfahrnen Manns zu meinem Nutzen an zwey Orten die Erden eröffnet. Jetzt ist die Frag, wann ich durch Graben die Wasser-Aderen der benachbarten Brünnen abgeschnitten hab, ob ich denen Nachbarn den Schaden zu ersetzen schuldig seye? Und wir antworte mit Nein, weil ich in dem Meinigen gethan, was mir erlaubt gewesen, obwohlen nun deßwegen dem anderen zufälliger Weiß ein Schaden geschehen, so ist doch solches mehr dem Unglück als dem Nachbarn zuzumessen. Waizeneck. de servit. dissert. 3. cap. 7. n. 6. & 7. Da ich in meinem Dorff S. auf meinen Grund zwey Brünnen machen lassen, ist der Sommer so trucken geweßt, daß die Bauern kein Wasser in ihren Brünnen hatten, dahero sie gantz übel zu frieden die Ursach auf unsere neu gegrabne Brünnen geworffen haben, welche voll Wasser waren, vermeynende, daß durch mein Graben die Wasser-Aderen abgeschnitten, und ihren Brünnen das Wasser benommen worden, es hat sich aber die Sach gantz anderst gezeigt, dann weilen der Herbst nässer ware, seynd ihre Brünnen wieder mit Wasser angeloffen, und hat sich gezeigt, daß allein die Ursach gewesen, weiler meine neu gemachte mit Wasser angefüllte Brünnen tieffer und mit neuen Aderen versehen gewesen. Obwohlen ich in der That nicht schuldig geweßt wäre, ihnen den Schaden zu ersetzen, wann ich der Nachbarn Aderen ohngefähr gefunden, und ich durch deren Abschneidung meine Brünnen nutzlicher gemacht hätte, welches Waizeneck. loc. cit. in so weit erstreckt, daß, wann ich dem Nachbarn wegen zugefügten Schaden cavirt hab, doch, wann ich einen Brunnen öffne, ich mich meines Rechts bedienen könne, also daß wegen solchen Werck dem Nachbarn Schaden zugefügt zu haben, nicht eracht werden kan, wann

nicht

nicht so tieff grab, daß die Mauer des Nachbarn nicht stehen kan. L. fluminum. 24. §. ult. & LL. seq. ff. de damno infect.

Ein andersmal hab ich meinen Fisch-Behalter, um solchen zu repariren, abgelassen, weßwegen sich zugetragen, daß ein benachbarter Bauer in seinem Brunnen kein Wasser hatte, welches villeicht deßwegen geschehen ist, weil mein Fisch-Behalter höher lage, und das Wasser aus denen Aderen, so aus meines Grunds Erden erspringen, bekommete, wodurch das des Bauerns Brunn durch irrdische Canäl bewassert werde, anscheint, wann das Wasser in meinem Fisch-Behalter Manns hoch ersteiget; Gewiß, wann mein Nutzen es erforderte, daß ich solchen Fisch-Behalter gantz abgehen liesse, und zu anderen Nutzen verkehrete, so hätte der Bauer kein Ursach sich wegen des zugefügten Schaden zu beklagen, weilen ich thäte, was mir von Rechts wegen erlaubt ist, wann schon dem Bauern zufälliger Weiß ein Schaden geschieht.

Der sechste Articul.

WEr auch, daß jemand dem anderen sein Vieh schlüg, oder würff, oder an Zäun, oder Möser jaget, ob dergleichen, davon es Schaden nemme, mögen sie die Partheyen sich gütlich nicht vertragen, so soll der Antworter den Schaden wiederkehren, nach des Richters Erkanntnuß, der dann zweyer oder dreyer unpartheyischen Nachbarn Rath haben soll. Geschehe aber der Schad gefährlich, und das bewiesen sen wurd, so soll der, der den Schaden gethan hat, dem Richter solchen büssen, nach dessen Ermässigung.

Summaria.

1. Wann einer dem anderen an seinen Vieh geschadt hat, wie er solchen Schaden ersetzen müsse?
2. Was Rechtens, wann das Vieh gar umgebracht worden?
3. Ob bey Schätzung des umgebrachten oder beschädigten Viehs auch auf den äusserlichen Werth zu sehen seye?
4. Ob beym Vieh ohne Vorsatz, oder *Dolo* oder ohne böses Gemüth ein Schaden könne zugefügt werden?
5. Warumen in diser Arth kein Unterschied gemacht werde unter dem zu Tag oder Nacht dem Vieh zugefügten Schaden?
6. Ob der nächtliche Beschädiger durch blosse Vorzeigung des Pfands erwiesen werde, oder ob auch ein Eyd erfordert werde?

DIser Art. kommt mit denen vorgehenden über eins, und sonderheitlich mit dem ersten, welcher sagt, es sey ein Unterschied zu machen, ob die Beschädigung in fremden Gründen, oder an deren Früchten geschehen seye aus Vorsatz, und bösen Gemüth, oder allein aus Nachlässig- und Unsorgfältigkeit.

1. Eben diser Unterschied nun wird in disem Art. widerhollet, wann einer dem anderen an seinem Vieh geschadet hat, dann im ersten Fall, da der Schaden aus Vorsatz und bösen Gemüth geschehen, kan der Richter Amts halber verfahren, und den Beschädiger nach Beschaffenheit des Schadens oder Verbrechen nach Befinden bestraffen, wann er sich schon mit dem Beschädigten gütlich verglichen hat. Wann aber die Beschädigung allein aus Nachlässig- und Unsorgfältigkeit geschehen, so ist denen Partheyen der gütliche Vergleich erlaubt, und hat sich der Richter nicht darein zu mischen. Wann aber der gütliche Vergleich sich zerschlagen hat, und der Richter um Administration angesucht worden, so muß der Richter nach Rath zwey oder dreyen Nachbarn nach Beschaffenheit des Schadens, und dessen Schätzung den Beschädiger condemniren.

2. Aus welchem erhellet 1. daß unser Art. allein von dem Vieh zugefügten Schaden rede, nicht aber vom umgebrachten Vieh, daß wir also billig daraus schliessen, daß der Casus, wo das Vieh umgebracht worden, nach dem gemeinen Recht müsse ausgesprochen werden, daß nicht allein der Werth des Viehs müsse ersetzt werden, sondern auch so vil, als selbes im Jahr zuruck am meisten werth gewesen, das ist, daß das umgebrachte Vieh geschätzt werden müsse nicht nach dem Werth, was es zur Zeit des Untergangs werth gewesen, sondern was es am meisten werth gewesen in einem gantzen Jahr zuruck, da es am fürnehmsten gewesen. Dahero wann einer mir ein Pferd umgebracht hat, welches zur

Zeit des Umbringens hinckend oder krump inner einem Jahr zuruck aber grad gewesen, so muß mir der Werth des Pferds, nicht nach der Zeit, wo es krump wäre, sondern nach der Zeit, wo es grad ware, ersetzt werden. Ja es muß mir auch der äusserliche Werth des Pferds ersetzt werden, zum Exempel, das umgebrachte Pferd ware eines aus einem Zug von einer Farb, und einer Grösse. Gewiß, weilen ein solches Pferd wegen der Proportion mit denen übrigen meistens mehrers geschätzt wird, als ein anderes, so muß auch der äusserliche Werth aus Verordnung des Legis aquiliæ ersetzt werden. Worüber zu lesen ist §. his autem verbis. 9. & § illud non. 10. Inst. de leg. aquil. & ibi DD.

3. Was ist aber Rechtens, wann dergleichen äusserlicher Schaden zugefügt worden, nicht durch Umbringen, sondern durch eine andere Verletzung zum Exempel, wann ein Pferd aus einem Zug gestimmlet, krump, oder sonsten zum gantzen Zug zu gebrauchen unfähig gemacht worden? Es scheinet, es seye nur die simple Schätzung zu machen, weilen die Wort des Art. sich weiter nicht erstrecken, aber unsers Erachtens muß auch auf die äusserliche Verletzung bey einem verletzten Cörper sowohl als bey einem umgebrachten gesehen werden, obwohlen unser Art. hiervon nichts meldet, sondern allein befihlt, daß die Schätzung durch 2. oder 3. Nachbarn geschehen soll, weilen die Correctio des gemeinen Rechts niemahlen præsummirt wird, wann nicht solche in dem Statuto mit ausdrucklichen Worten enthalten ist, wir also gantz recht sagen, daß dergleichen zu Schätzung des Schadens deputirte Nachbarn zu Observirung der Verordnung des gemeinen Rechts sowohl bey einem beschädigten als auch umgebrachten Pferd, oder anderen Thier verbunden seyn, und also man auch auf den äusserlichen Werth sehen müsse.

4. Aus bißherigem folgt 2. daß, weilen ein Schaden am Vieh mit Schlagen, Werffen, oder Jagen an Zäun, oder Möser (welche Arthen unser Art. erzehlet) ohne Dolo, und bösen Gemüth kaum geschehen können, das Richterliche Amt selten ausgeschlossen werde, welcher ja dergleichen Boßheit unbestrafft nicht lassen wird, und weilen die Nachbarn, welche gemeiniglich gemeine, schlechte Bauers-Leuth seynd, die Schätzung, was die Sach durch ein gantzes Jahr zuruck, oder auch des äusserlichen Werth nach, nicht sattsam verstehen, so liegt dem Richterlichen Amt ob, daß er, was dise Schätz-Leuth vernachlässigen, solches von Amts wegen ersetze. Absonderlich, wann von dem Beschädigten dessen Ersetzung ausdrucklich begehrt worden.

Man wird 3. fragen, warumen diser Art. den im ersten Art. unter dem nächtlichen oder bey Tag zugefügten Schaden gemachten Unterschied nicht wiederholle, weil in vilen Orten sowohl Pferd, als andere Heerd Vieh zu Nachts auf die Weyd getrieben werden, und also dergleichen Boßheiten von ledigen, und verheyrathen meistens betrunckenen Leuthen, so zu Nacht aus denen Wirths-Häußeren nacher Hauß gehen, bey Nacht sowohl als bey Tag geschehen können? Und wir antworten, uns seye nicht bekannt, warumen in disem Art. von solchem Unterschied nichts gemeldet werde, wo doch anscheinet, daß eben obige Ursach obwalte, ja eine grössere, weilen der am Vieh verübte Schaden grösser seyn kan, als der am Aeckern und Wiesen. Villeicht ist doch diß die Ursach, weil bey denen Nacht-Heerden meistens Hirten seynd, daß also weniger zu Nacht dem versammleten und mit einem Hirten versehnen Vieh Schäden zugefügt werden können, als bey Tag, und wann Schaden geschehen aus Nachlässigkeit der Hirten, so entstehet wider solche die ordinari Klag oder Actio ex locato conducto. Es mag nun seyn wie ihm wolle, weil die Pœnal-Sachen auch wegen gleicher oder grösseren Ursach nicht zu erweitern seynd, so vermeynen wir, daß jener, welcher zu Nacht des anderen Vieh beschädiget hat, nicht härter zu tractiren seye, als wann bey Tag der Schaden geschehen wäre, das ist, er ist nur um den simplen Schaden zu ersetzen gehalten, auf solche Arth, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, mit allen Kösten und Interesse, so vil die Sach im Jahr zuruck am meisten werth gewesen, nicht aber um das Doppelte, in die Zweyspihl. 5.

Jenes doch thäten wir leichtlich zulassen, daß der Beschädiger, so bey der Nacht erdapt worden, mit blosser Vorzeigung des abgenommenen Pfands nicht erwiesen werde, sondern auch mit des Pfändenden Eyd bestättiget werden müsse, wegen in dem 1. Art. vorgeschriebnen Ursach, weilen der Pfändende zur nächtlicher finsteren Zeit sich in der Schaden zufügenden Persohn irren kan. Und dise Eyds-Ablegung muß unsers Erachtens absonderlich auch bey denen Hirten Platz haben, weilen es um ihre Haut zu thun ist, als welche Krafft des Contracts locati conducti den Schaden ersetzen müssen, wann sie sie von der Nachlässigkeit nicht entschütten, und den Verursacher des Schadens nicht angeben können. 6.

Der

Der siebende Articul.

WEr seines Nachbarn irrgehend Vieh, so nicht Schaden gethan, ein thut bey der Nacht, der thut daran nicht unrecht, er soll es aber des Morgens frühe wieder austreiben, und keinen Nutz darvon nemmen, und sucht man das Vieh, so soll er es nicht verschweigen, verschwieg er aber das gefährlich, über daß er darum zu Red gesetzt würde, so ist ein Diebstahl. Hätte aber jemands Vieh bey Tag oder Nacht auf des anderen Grund mit Aetzen, oder sonsten Schaden gethan, und wurde von dem, welchem der Grund gehörig, oder den seinigen betretten, soll er damit verfahren mit der Umkehr, oder Pfändung, wie es an jedem Ort herkommen, und gebräuchig ist.

Summaria.

1. Ob jener einen Diebstahl begehe, welcher ein irrgehendes Vieh bey der Nacht im Stall thut, und solches ablaugnet?

2. Ob einer ein Vieh, so auf seinen Grund die Früchten abfrißt, wegnemmen und pfänden könne?

1. WAnn einer ein irrendes Vieh, sagt der Art. so keinen Schaden gethan, bey der Nacht fangt, und in Stall thut, der thut nichts unrechts, weil diß ein Christliches Werck ist, doch also, daß er das Vieh Morgens frühe wieder aus seinen Stall auf die vorige Weyd treiben, und davon nichts nutzen soll, dann wann zum Exempel er die Kueh ausmelcht, so wird gesagt, daß er furtum usûs begehe, und kan nebst Ruckstellung der Milch gestrafft werden. Noch schwerer sündiget jener, welcher des anderen Vieh in seinen Stall thut, und, da darum gefragt wird, solches boßhafft verbergt, und ablaugnet. Dann aus solcher boßhafften Verberg- und Ablaugnung wird er überwiesen des Gemüths zu stehlen, begehet also einen Diebstahl, von dessen Straff wir anderstwo reden werden. Gantz recht redet der Art. von jenem, der boßhafft ablaugnet, dann wann die Ablaugnung aus einer Irrung, Unwissenheit, oder Schertz, oder Vexation um den Nachbarn in der Sorg stecken zu lassen, und selben anzufrischen besser auf seine Sachen Acht zu halten, geschehen, so ist es ja kein Diebstahl, weil die Intention alle richtet.

Ingleichen setzt der Art. bey, es stehe einem jeden frey, daß er das in seinem Grund erwischte die Früchten abfressende Vieh fangen und pfänden könne, wann nur in dem Pfandungs-Procels jedes Orts Gewohnheit beobachtet wird. Wovon in vorgehenden und absonderlich beym 15. Titul von Pfandungen und Pfanden schon geredt worden, und thut der nachfolgende Art. die Arth zu verfahren weiters fortsetzen. 2.

Der achte Articul.

WElcher, wie Recht, und jedes Orts gebräuchig ist, Vieh gepfändt hat, der soll es länger nicht, dann über Nacht in seiner Verwahrung behalten, und des anderen Tags, da er füglich kan, alsbalden zu Gericht treiben, wäre er aber etwas zu weit vom Gericht, daß es dahin nicht füglich zu treiben, soll er das Vieh deme, welchem es zugehört, ihme darfür ein unessend Pfand zu geben, anbietten, wolte aber der Gepfändte kein unessend Pfand geben, soll der andere ihme das Vieh, in Beyseyn zweyer Nachbarn auch ohne Pfand zu stellen, und der zweyen Nachbarn Kundschafft anstatt des Pfands seyn, auch die Verhörung der zweyen Nachbarn auf dessen Unkösten, welcher kein unessend Pfand geben wöllen, beschehen, und da der Gepfändte

pfändte in eines anderen Gerichtbarkeit gesessen, soll ihne sein Gerichts-Herr für den Richter, darunter der Grund liegend ist, ohne Weigerung verschaffen.

Summaria.

1. Ob der Pfändende gehalten seye das Schaden zufügende Vieh gleich den anderen Tag vor Gericht zu treiben, und länger nicht als über Nacht in Stall behalten könne?
2. Wann aber einer selbst die *Jurisdiction* hat, ob er die Pfand behalten könne, biß ihm der Schaden ersetzt ist, oder ob er das Pfand dem höhern Gericht zutreiben lassen müsse?
3. Ob nicht der Gepfändte an das Gericht, wo der Schaden geschehen ist, verschafft werden müsse?
4. Ob die Land-Richter, Verwalter, und Hoff-Marchs Richter *Jurisdictionem ordinariam*, oder *delegatam* haben?
5. Item ob die über die einschichtige Unterthanen bestellte Richter *Jurisdictionem ordinariam* haben, also, daß sie ihnen selbsten Recht verschaffen können, wann sein Vieh Schaden gethan hat?
6. Wann der Gepfändte das Vieh nicht lösen will, noch bey Gericht auf beschehne *Citation* erscheint, wie wider einen solchen Halßstärrigen zu verfahren seye?
7. Ob der, so Schaden gelitten, gehalten seye, sich der Pfandung zu bedienen, oder ob er auch von solcher abstehen könne?
8. In wem die Pfandungs-Gutthat bestehe?

1. Nachdeme wir die Verordnung des vorgehenden Articul verstanden haben, daß einem jeden erlaubt seye, daß Vieh, so ihme Schaden thut, nach Gewohnheit jedes Orts, zu pfänden, so verordnet diser Art. weiters, daß einer die Pfand länger nicht in Verwahr behalten, als über Nacht, sondern solches gleich des anderen Tags vor Gericht bringen soll. Der Art. setzt bey, wann diß füglich geschehen kan, dann, wann der Richter etwas weiters entlegen ist, daß den anderen Tag das Pfand nicht kan gestellt werden, so muß der Pfändende dem Herrn des gepfändten Viehs sein Vieh zuruck stellen, wann er anstatt des Viehs, so gefüttert werden muß, ein anderes Pfand geben will, so kein Fütterrung nöthig hat; Wann aber der Gepfändte solches Pfand nicht geben will, muß der Pfändende zwar nichts destoweniger das Pfand zuruck stellen, doch in Beyseyn zweyer Nachbarn als Zeugen, die statt des Pfands seynd, deren Citation nachgehends vor Gericht, wo die Pfandung geschehen, und dahin Verschaffung ohne Weigerung geschehen muß, damit sie als Zeugen examinirt, und über zugefügten Schaden gesprochen werde kan, was recht ist: Und zwar alles auf Kösten des Gepfändten, weilen er das Pfand wieder recht nicht ausgelößt hat. Und in disem ist ein
diff. Unterschied zwischen unsern Land und dem gemeinen Recht. L. Quintus Mutius 39. §. quamvis 1. ff. ad L. aquil. Wo gesagt wird, obschon einer ein fremdes Vieh auf seinen Grund erdapt hätte, so muß er solches abtreiben, wie, wann er das seinige erwischt hätte, weilen, wann er deßwegen Schaden genommen, er seine eigentliche Actiones hat, also der, welcher fremdes Vieh auf seinen Grund erdapt hat, solches Unrecht versperrt, soll solches auch anderst nicht abtreiben, als, wie wir oben gesagt haben, wie das seine: Sondern muß es ohne Schaden entweders abtreiben, oder den Herrn ermahnen, daß er sein Vieh zu sich nemme, welche Verordnung doch durch die gleichsam allgemeine Gewohnheit in Teutschland eingeführte Pfandungen in Abgang kommen.

Wann jedoch 1. einem in denen Früchten des Ackers oder auf den Wißmäderen durch fremdes Vieh Schaden geschehen, welcher am Ort der Beschädigung selbsten die niedere Jurisdiction hat, der ist nicht schuldig das Vieh vor fremdes Gericht zu treiben, sondern er kan Krafft seiner Jurisdiction das Pfand behalten, biß ihm der Schaden ersetzt ist, ist auch nicht nöthig, daß er das auf seinen Grund und Territorio genommene Pfand vor fremdes oder höheres Gericht stelle. Berlich. lib. 2. conclus. 9. n. 9. & conclus. 34. n. 23. Coler. tract. de process. execut. part. 1. n. 155. 2.

Ja 2. wann der Herr des Viehs, so Schaden thut, unter fremder Jurisdiction sitzt, so ist der Richter schuldig, daß er auf das Requisitions- oder Compass-Schreiben den Gepfändten vor das Gericht, wo der Schaden zugefügt worden, verschaffe, also daß einer ihm selbsten Krafft zustehender Jurisdiction Recht verschaffen kan, doch also, daß allzeit der Weeg an höhern Richter offen stehet. 3.

Was ist aber 3. zu sagen von unsern Pflegern, Pflegs-Verwalteren, und Hoff-Marchs Richtern? Dann wir haben oben bey dem 10. Art. 26. Tit. gesagt, daß dergleichen Gerichts-Herrschafften, berechtiget seyn, am Ort, wo sie wohnen, ihr eigen Vieh zu halten, und auf die Gemeinds-Weyd zu treiben. Ja obwohlen vor Jahren 4.

ren beyleissig 20. oder mehr durch offentliche Decreta denen Obrigkeiten und Richteren verbotten worden, daß sie an denen ihrer Jurisdiction unterworffnen Arthen keine eigne Güther haben sollen, so ist man doch von solch heilsamster Verordnung fast aller Orten obgewichen, daß jetzt schier überal die Pfleger und Hoff-Marchs Richter unter ihre Jurisdictions Bezürck, wo nicht eigenthumlich, wenigist in Bestand, oder sonsten nicht allein einschichtige sonder wohl gantze und halbe Höff besitzen, zu Zeiten auch solche zur Besoldung haben, daß man also billig zweifflen kan, ob, wann ihr Vieh Schaden thut, oder sie selbsten an ihren Früchten der ihnen zustehenden Gütheren Schaden gelitten haben, sie als in eigner Sach Richter seyn können, aus Ursach, weilen der Ort, wo der Schaden geschehen, ihrer Jurisdiction unterworffen ist? Und wir antworten, daß die Auflösung diser Frag abdem abhange, ob dergleichen Leuth die Jurisdictionem ordinariam oder allein delegatam haben? Wann sie die ordinariam haben, so stehet ihnen besagter massen ohne Anstand, doch salvo regressu an höheren Richter, die Jurisdiction, auch wegen des auf eignen Grund erlittnen, oder vom eignen Vieh beschehnen Schaden zu. Wann aber præsupponirt wird, daß sie allein die Jurisdictionem delegatam haben, so muß sodann der delegirende das Gericht auf sich nemmen. Berlich. conclus. 9. n. 10. Daß unsere Land-Richter, Pfleger, Pflegs-Verwalter Jurisdictionem ordinariam haben, zweifflen wir gar nicht. Dann sie haben solche vom Lands-Fürsten über die Gemeine und Bauers Leuth sowohl, als wie der Hoff-Rath selbsten und die Regirungen über die Lands-Ständ, und dahero werden sie Land-Gericht genennt; Dann die Jurisdictio delegata stehet allein aus einer gegebnen Commission zu, und wird genennt eine Commission. Also daß, wann sich die Commission geendet hat, auch das Amt erlöschet. Es scheint, daß eben dises zu sagen seye von denen Hoff-Marchs-Richtern, dann weilen unsere Land-Recht denen Hoff-Marchs-Herrn auferladen, in ihren Hoff-Marchen, welchen sie selbsten nicht vorstehen können Richter zu bestellen, die an ihrer Statt die Justiz administriren sollen, von welchen hernach nicht zum Hoff-Marchs-Herrn, sonder zum höheren Richter appellirt wird, so ist ein Zeichen, daß die dem Hoff-Marchs-Herrn zustehende Hoff-Marchs Jurisdiction mehrers Jure transfusionis, als Jure delegationis und commissionis dem Hoff-Marchs-Richter zukommen.

5. Eine schwehrere Frag ist 4. wann einer der des privilegirten Adels fähig ist, und die Jurisdictions-Ubung in seine einschichtige Unterthanen einem privaten anvertraut und überlaßt, wie täglich geschieht, weilen meistens die Procuratores der Land-Gerichter von denen Hoff-Marchs-Herren für Richter aufgestelt werden, welche dergleichen Unterthanen benachbart seynd, ob wohl auch ein solcher Richter, wann sein Vieh in solchem Ort Schaden gethan, oder, wann er aldort ein Guth gehabt, und vom fremden Vieh Schaden genommen hat, ihm selbsten das Recht verschaffen könne? Und wir zweifflen kaum, dann obwohlen ein solch Jurisdictio, welche denen Adelichen über ihre einschichtige Unterthanen zugelassen wird, personal ist, weilen jedoch solche dem Richter warhafft überlassen wird, also daß von dessen Sentenz zu des Herrn höhern Richter appellirt werden muß, welches Hand-greifflich an Tag legt, daß die Jurisdiction dem bestelten Richter aus dem seinen Herrn zustehenden ordinari Recht, und nicht Jure delegationis oder commissionis zustehe; Wir vermeynen, daß eben diß zusagen seye von denen Richtern über einschichtige Unterthanen, was gesagt wird von denen Hoff-Marchs-Richtern, weilen das Privilegium des Durchläuchtigisten Alberti, welches sie das 60ste nennen, ausdrucklich sagt, daß die privilegirte Adeliche über dergleichen einschichtige Unterthanen eben jene Jurisdiction haben, welche ihnen in ihren Hoff-Marchen zustehet, aber deren Richter exerciren in denen Hoff-Marchen die Hoff-Marchs Jurisdiction, also auch in denen einschichtigen Hoff-Marchs-Güthern.

Was ist aber Rechtens 5. wann das gepfändte Vieh vor des Orts Richter gebracht wird, wo der Schaden verursacht worden, aber der Herr des Viehs, um sein Vieh abzuhollen weder freywillig kommt, noch auf beschehne Citation erscheint, noch, wann er fremd ist, auf ergangne Compass-Schreiben gestelt wird, wie soll der Richter wider solchen verfahren? Berlich. lib. 2. conclus. 34. n. 43. sagt, daß, wann der gepfändte das Vieh oder andere gepfändte Sachen halsstärrig nicht auslösen will, solcher nachgehends, da er solche Sachen gerichtlich wider erhalten will, dem Richter zur Straff für jede Nacht, oder jede 24. Stund 3. Dugaten geben, also, daß, wann der gepfändte das Vieh oder andere Gepfändte Sachen so lang bey dem Richter gelassen hat, biß das Pfand sich nun gar verstehet, solches Pfandt nicht mehr zuruck begehren könne. Weilen aber dise Verordnung allein das Sächsische Recht betrifft, so vermeynen wir, daß solche in unseren Vatterland nicht Platz habe, weil nichts dergleichen in unsern Statuten verordnet zu finden ist. 6.

Ist also wahr, daß der Richter verfahren müßte nach Innhalt des letsten Art. des Gand-Procefs. Wo gesagt wird, daß in dem Fall, da Vieh gepfändet wird, so gefüttert werden muß, solches 3. Tåg auf Kösten des Gepfändten in dem Pfandt-Stall in Verwahr behalten werden müßte, und wann inner 3. Tågen der Gepfändte das Vieh nicht auslöst, muß der Richter zur Gand schreitten. Doch also, daß der Gepfändte zur offentlicher Ausruffung rechtmässig citirt werden soll. Nachdeme nun das Pfandt verkaufft worden, wird dem Beschädigten von dem erlösten Geld der Schaden ersetzt, das übrige Geld aber, wie bey anderen Pfanden der Brauch ist, dem Herrn des Viehs zuruck gestellt.

Man wird einwenden, daß diß zwar practicabel seye, wann der Werth des Pfands so viel auswirfft, als der Schaden ausmacht, oder mehr in sich enthaltet, was ist aber zu sagen, wann, wie gemeiniglich geschieht, ein schlechte Sach zum Pfand genommen wird, wodurch lang nicht der Schaden kan ersetzet werden. Zum Exempel, wann dem Hirten der Hueth oder Hirten-Stab oder etwas anderes weggerissen, und vor Gericht gebracht wird? Und wir antworten, daß Krafft unsers Art. ein Unterschied zu machen seye, ob der Gepfändte unter der Jurisdiction jenes Richters, unter welcher der Schaden geschehen, seye oder nicht. In dem ersten Fall kan ihn der Richter Krafft seiner ordinari Jurisdiction zwingen, daß er vor Gericht erscheine, und dem Pfänder den Schaden abthue, und die Straff seiner Keckheit und Fahrlässigkeit bezahle: wann aber der Gepfändte ausser dem Jurisdictions-Bezürck, wo der Schaden geschehen, wohnet, muß ihn sein Richter vor Gericht stellen, wo der Schaden geschehen, stelt er ihn nicht, oder der Gestelte gehorsamt nicht, kan man zum höhern Richter gehen, damit er entweders dem fremden Richter, oder dem Halsstärrigen stärckere Händ anlege, daß also bey uns dißfalls kein Difficultät obwaltet.

7. Aber dergleichen Pfändungen seynd nicht zu dem Ende erfunden worden, daß der Beschädigte gehalten seye, sich solcher zu bedienen, sonder er kan, wann er will, davon abstehen, nichtsdestoweniger doch ist jener, der in fremden Acker Schaden gethan, obwohlen er nicht gepfändt worden, gehalten den Schaden nach Beschaffenheit der Umständen abzuthun, eintweders mittelst einer ex actione legis aquiliæ, oder actione de pauperie, oder actione de pastu pecoris &c. Dann die Pfandung ist eine Gutthat, so von unsern Statuten besonders gegeben worden. Weil dem gemeinen Recht nach allem bekant ist, daß die Pfandungen gehässig und völlig verbotten seyen, Krafft des Text in Novell. ut non fiant pign. 52. cap. propt. sane. 1. Novell. ut nulli Jud. lic. hab. |134. cap. quon. rer. C. etsi pignorat. de injur. in 6. Gail. de pign. obser. 13. n. 3. & seq. Zanger de except. part. 2. cap. 1. n. 330. es kan sich aber jeder seines Favors und Gutthat begeben.

Wann man fragt, in wem also das 8.
Beneficium der Pfandung bestehe? So antworten wir, in zwey Stucken, erstlich daß jener, welcher die Pfandung unterlaßt daß ihme von disem oder jenem geschadet, worden zu seyn, mit Zeugen probiren müsse, Berlich. loc. cit. n. 60. der aber ein Pfand hat, wann die Pfandung bey Tag geschehen, der Gepfändte allein durch Fürweisung des Pfands; überwiesen wird, und, wann sie zu Nacht geschehen, wann auch der Pfänder geschwohren hat, daß wir in vorgehenden ausgelegt haben. Hernach 2. wann die Pfandung geschehen ist, und das Pfand zum Richter des Orts, wo der Schaden geschehen, überbracht worden, wird dessen Jurisdiction gegründet, wann schon der Gepfändte von fremder Jurisdiction ist. Wann aber kein Pfandung geschehen ist, so muß der Beschädigte des Beschädigers Richter suchen, dann die Actio legis aquiliæ, und Actio de pauperie, und de pastu pecoris seynd personales, weilen sie ex delicto vel quasi entspringen 1. vid. DD. ad tit. de Leg. aquil. & de noxal. act. welches absonderlich wahr ist, wann der Beschädiger gar ausser Land wohnet, oder in dergleichen Ort, wo die Unterthanen nicht pflegen gestelt zu werden, wie solche Freyheit einige Städt in unsern Vatterland behaupten wollen, dann sonsten Regul-mässig Krafft unserer Land-Recht dergleichen geringere Delicta den Richter haben, wo sie begangen worden, wie wir anderstwo schon gesagt haben, und seiner Zeit vollständiger auslegen werden.

Des

Des XXVIII. Tituls

Von den Zehenden.

Erster Articul.

Ein jeder Zehend-Mann soll schuldig seyn, allen grossen und kleinen Zehend, wie er denselben von Rechts und Billichkeit wegen schuldig, treulich, und ohne Abgang zureichen, wurde er aber seinem Zehend-Herrn etwas von dem Zehend gefährlich verhalten, oder verschlagen, soll er unnachlässig, nach Ermässigung des Richters gestrafft werden; Hätte auch der Zehend-Mann zu dem Guth sonderbahre, eigne, zum Guth nicht gehörige Stuck, davon er den Zehend geben, verkaufft, soll er solches seinem Zehend-Herrn vor der Ernd-Zeit anzeigen, damit derselb den Zehend solchen verkaufften Stucken einbringen mög: Es soll auch in eines Zehend-Herrn freyen Wahl und Willen stehen, seinen Zehend auf dem Feld, in dem Stadl, oder da er sich mit dem Bauern deßhalben vergleichen wolte, in den Sack an Kerner zu fangen, dessen ihme auch der Zehend-Mann, unangesehen, ob ein anders bey demselben zu vor im Brauch gewesen, statt zuthun, und darumen dem Zehend-Herrn, ob er die Zehend-Fängung auf dem Feld thun wolt, den Tag seines vorhabenden Schnitts zeitlich zu verkündigen schuldig seyn soll.

Summaria.

1. Ob dieser Titul von Zehenden vom Lands-Fürsten als ein Gesatz, oder eine Erklärung gesetzt worden?
2. Wie die Zehend getreulich und ohne Abgang gereicht werden müssen?
3. Welcher Gestalten die Zehenden der *Quantität* nach, und auf was Weiß gegeben werden müssen?
4. Ob der wenigere als der Zehende durch Gewohnheit eingeführt, oder *præscribirt* werden könne?
5. Zu was Zeit die Zehenden müssen gereicht werden, damit gesagt werden kan, daß sie völlig gegeben werden?
6. Wie jener zu bestraffen seye, der die Zehenden nicht getreulich gibt?
7. Zu was End jener, der einige Güther verkaufft, welche er zu seinem Hoff eigenthumlich besessen hat, solches dem Zehend-Herrn anzeigen müsse?
8. Ob dem Zehend-Herrn frey stehe, die Zehenden auf dem Feld zu sammlen, oder in Stadel oder Sack zu nemmen?
9. Ob diß des Zehend Herr Freyheit durch ein widrige Gewohnheit oder *Præscription* könne abgebracht werden?

All nachfolgende Art. seynd aus der Lands-Ordnung de An. 1553. tit. 16. herausgenommen, wo hin und wider etwas weniges verändert worden: vor allem nun ist die Frag, weilen das Zehend-Recht allein GOtt zur Erkantnuß seiner allgemeinen Herrligkeit zustehet: Can. tria nobis. de decimis. und solches hernach zum Unterhalt der Geistlichen und anderer Kirchen Persohnen gewidmet worden, und also ein Geistliches Recht ist, über welches der weltliche Gesatz-Geber zu verordnen das Recht und Gewalt nicht hat: Wie der weltliche Gesatz-Geber seine Händ in fremde
1. Sach habe schlagen können? Und wir sagen, daß diser gantze Titul vilmehr eine Erklärung seye absonderlich so vil er die heut zu Tag noch denen Geistlichen und Pfarrern zustehende Zehenden betrifft. Dann es ist kein Zweiffel, daß die Zehend an unterschiedlichen Orten aus Zulassung der Römischen Päbsten, wie anführet Auber. Mirx. cap. 34. und durch andere rechtmässige Titul und Recht denen Weltlichen absonderlich mächtigeren, Fürsten, und in höchsten Würden stehenden Persohnen wegen denen der Römischen Kirchen, oder anderen Kirchen-Guth geleisteten Diensten zu gekommen seyen, gewiß in unsern Vatter-Land ist kein kleinerer Theil in Handen der Weltlichen zu finden, als bey denen Pfarrern, und anderen Kirchen-Persohnen.

Obwohlen nun dergleichen Zehenden, welche weltlichen Rechtens worden seynd, von weltlichen Gesatz-Geber, wie wir kurtz hernach sagen werden, gantz recht eine Verordnung und Jurisdiction annemmen können, doch, weilen in nachfolgenden Art. unter Geistlichen, und Weltlichen Zehenden selten ein Unterschied gemacht wird, so glauben wir, nicht übel zu thun, wann wir sagen, daß die Satzungen der nachfolgenden Art. theils Erklärungen und theils Verordnungen seyen. Und zwar Verordnungen, was die Weltliche, und ihre weltliche Zehend betrifft, Erklärungen aber, was die Geistliche und Kirchen Zehenden anbelangt. Nach diser Vormerckung schreitten wir jetzt zum ersten Art. welcher in sich zwey Puncten enthaltet, einen, der die zur Zehend Liefferung verbundene Unterthanen betrifft, der ander der die Zehend-Herrn belangt.

2. Wegen des ersten Puncten werden alle scharf erinnert, daß sie die Zehend denenjenigen, denen dieselbe gebühren, getreulich und ohne Abgang liefferen solten, das ist, wie Rebuffus de decim. quæst. 11. sagt, daß weder zu wenig, noch das schlechtere gegeben werden soll. Weilen dise, welche den Zehen geben müssen, weltliche Leuth seynd, so wird gantz recht befohlen und betrohlich beygesetzt, daß jener, der dem Zehend-Herrn etwas boßhafft verduscht, nach Ermässigung des Richters ohnnachlässig bestrafft werden soll. Der Art. aber setzt bey 1. daß nicht allein der grosse Zehend müsse geliefert werden, sonder auch der klein Zehend. Aus Ursach, weil man beyde schuldig ist, wann nicht aus Gewonheit des Orts ein anderes eingeführt worden, wie wir gesagt haben in Semicent. 2. controvers. 22. n. 1. & 2. wo wir unter Erzöhlung allerhand Früchten gesagt haben, daß die Præsumption vor die Zehend-Herrn seye, wann nicht erwiesen wird, daß durch die Gewohnheit die Præstation einiger Früchten in Abgang kommen seye. vid. Camil. Borel. consil. de decimis int. consil. Illust. tom. 2. consil. 1. & Aug. Barb. de jur. Eccles. lib. 3. cap. 22. §. 1. Wie in unsern Vatterland mehrers gefunden würden, von denen Klein-Diensten verordnet zu seyn.

3. Der Art. setzt bey 2. wie ein jeder den Zehend von Rechts- und Billigkeit wegen zugeben schuldig ist, welches doppelt verstanden werden kan, das ist, was die Quantität, und die Arth betrifft, dann obwohlen die Zehenden genennt werden, Göttlich Rechtens zu seyn, wenigist so weit sie zum Unterhalt der Geistlichen nothwendig seynd, wie zu lesen ist bey Canis. de decim. cap. 3. per totum, Sumerhard. in tract. de decim. per duos integros libros. Cavarn. var. resol. tom. 2. lib. 1. cap. 17. n. 2. So ist doch kein Zweiffel, daß 4. nicht ein weniger als der zehende Theil durch Gewohnheit eingeführt werden könne, wann nemlich der wenigere Theil zum Unterhalt der Geistlichkeit erklecklich ist, ja, weil die völlige Befreyung von der Zehend Reichung, wann die Geistlichkeit ihre standmässige Unterhaltung hat, præscribirt werden kan, worüber wir noch mehrers reden werden, so kan noch vilmehr ein weniger Theil als der Zehende præscribirt werden. Wie dann in denen Carolinischen Constitutionibus lib. 1. cap. 87. zu lesen, Daß vor uralten Zeiten auch so gar der neunte Theil statt des Zehenden verreicht worden. Also daß durch die Gewohnheit ein grösserer und kleinerer Theil zum Unterhalt der Geistlichkeit, oder vilmehr der Pfarrern und Seelsorgern eingeführet werden kan. Was die Arth den Zehend zu præstiren betrifft, werden wir auch in nachfolgenden sehen, daß die Arth die Zehenden zu præstiren meistens von den Gewohnheiten der Orten abhange. Wann nun einer wegen der Liefferungs-Arth des Orts Gewohnheit beobachtet, so thut er genug denen Worten unsers Art. Wie er von Rechts- und Billigkeits wegen schuldig ist.

Die dritte Erinnerung des Art. ist, 5. daß die sowohl groß als kleine Zehenden sollen völlig gegeben werden, wie wir zu Anfang dises Art. von verbottner Unterschlagung eines Theils des Zehends schon geredt haben, und Text verhanden seynd in cap. 4. 5. 8. & 21. cap. 23. 26. & 32. X. de decimis.

Zu deme aber, daß 4. die Zehend völlig gereicht werden, wird erfordert, daß sie zu rechter Zeit præstirt werden. Dann wann einer zum Exempel die zeitige Früchten so lang auf dem Acker stehen laßt, biß aus seiner Verweilung und Schuld wegen der Uberzeitigung die Kernle ausfallen, oder wann einer die unzeitige Früchten abgeschnitten, oder die Ernd-Zeit dem Zehend-Herrn nicht angezeigt, und er deßwegen Schaden gelitten hat, so kan nicht gesagt werden, daß die Zehend völlig gegeben worden.

Wann man fragt, welches dann die Zeit seye, wo der Zehend recht præstirt wird? So antworten wir, wann die zeitige Früchten, so abgeschnitten worden, und der Schnitt dem Zehend-Herrn angezeigt worden. Cap. homines. 7. X. de decim. Welcher Text, wann er schon von gesamleten Früchten redet, doch verstanden werden muß, von denen vom Grund abgesönderten Früchten, dann durch die Absönderung

derung werden die gesammlete Früchten hergenennt. L. si servus. 27. §. si oliv. ff. ad L. aquil L. si ejus 77. ff. de rei vind. Und dahero, gleichwie der Schuldner gehalten ist zu Ersetzung der Zehenden, wann aus seiner Schuld oder Verzögerung solche zu Grund gangen, also hingegen, wann der Zehend-Herr rechtmässig erinnert worden, und die Zehenden nicht einfechset, er den Schaden leiden muß. L. 72. ff. de solut.

6. Was aber dem für ein Straff verbleibe, der den Zehenden nicht getreulich præstirt, das macht der Art. in specie nicht aus, sondern laßt solche der Obrigkeitlichen Ermässigung über; Wir abstrahiren von Geistlicher Obrigkeit, und Geistlichen Censuren, und vermeynen, daß zu Zeiten die Untreu und Boßheit des Schuldners in Præstirung der Zehenden so groß seyn könne, daß solche auch criminaliter kan bestrafft werden, können Vice-Domisch abgestrafft werden. Aus Ursach, weilen wegen jedweder dolosen Handlung in einer schweren Sach von grosser Wichtigkeit ein Criminal-Bestraffung folgt, welche auch vom Richter von Amts wegen fürgekehrt werden kan, obwohl solches selten geschieht, weilen meistens die Kleinigkeit der Materi unsers Erachtens die schärffere Procesś entschuldigt, welches villeicht auch die Ursach ist, daß der Herrn Räthen dißfalls beschehne Erinnerung vom Durchleuchtigsten Gesatz-Geber nicht in Acht genommen worden. Gemeiniglich wird wider die Zahlflüchtige Zehend-Schuldner beym Geistlichen Gericht mit Geistlichen Censuren, das ist mit Excommunication verfahren, obwohlen nun die Zehend-Præstation ohne vorgängige Ermahnung geschehen soll, also daß einer wegen der Verweilung zu Ersetzung des Schadens verbunden ist, so kan doch wider den Zahlflüchtigen mit der Excommunication nicht verfahren werden, wann nicht die Ermahnung vorgehet. Cap. pervenit. X. de decim. & cap. sacros. X. de sent. excom. Dann es wird zur Form der Excommunication erfordert, daß solche nicht kan erkennt werden, wann nicht die Ermahnung des Schuldners vorgehet. Rebuff. de decim. quæst. 12. n. 8. Wo er auch disen Absatz beysetzt, wann nicht zwischen dem Schuldner und Zehend-Herrn wegen der Zehend-Liefferung ein gewisser Tag bedungen worden, dann solchen Falls wann der bedungene Tag nicht beobachtet worden, weilen der Tag selbsten mahnet, vermeynt Rebuff. loc. cit. daß man zur Excommunication schreitten könne, welches wir denen Canonisten auszumachen überlassen.

Noch eine weitere Erinnerung 6. macht unser Art. welche, damit wir frey bekennen, wir nicht verstehen, welche in dem bestehet, daß jener, welcher von seinem Hoff-Guth einem gewissen Zehend-Herrn die Zehenden zu reichen schuldig ist, disem Anzeigen müsse, wann er etwelche Grund-Stuck verkaufft hat, die er eigenthumlich neben dem Hoff-Guth besessen hat. Dann wann in dergleichen verkaufften Güthern eben diser Zehend-Herr das Zehend-Recht gehabt hat, wie auf dem Hoff-Guth, so geschieht ihm wegen Verkauffung der Neben-Güther kein Præjudiz, sondern kan mit vorigem Recht die Zehenden geniessen, wie vor dem Verkauff, und gleichwie nicht der Brauch ist, daß bey Verkauffung des Hoff-Guths dem Zehend-Herrn ein Anzeig geschehen soll, also noch vil weniger wird die Anzeig nöthig seyn bey Verkauffung der einschichtigen Neben-Güthern, dann allzeit das Zehend-Recht, so dem Grund anklebt, auf jeden Besitzer überfallet, thut auch die Veränderung des Dominii dem Zehend-Herrn nichts schaden, gleichwie wir in 40. ganzer Jahren niemahlen gesehen haben, daß in unsern Vatterland bey Veräusserung der Hoff-Güther, oder einschichtigen Grund-Stucken dergleichen Anzeigungen geschehen seyen. 7.

Es muß also diß nicht anderst verstanden werden, als, daß durch solche Anzeig sich einer von der Schuld oder Verweilung befreye, wann villeicht der neue Käuffer von denen Zehenden der einschichtigen Güthern etwas verduscht, oder zur Zeit der Sammlung eine Schuld, oder Saumseeligkeit begangen hat, obwohlen regulmässig fremde Schuld dem Dritten zu Schaden nicht kommen kan.

Nun schreitten wir zu den anderen Puncten dises Art. welcher den Zehend-Herrn betrifft, wo zu seinen Favor besonders geordnet wird, daß in seiner freyen Wahl und Willen stehen soll, aus disen 3. Weegen einen zu erwählen, daß nemlich 1. er die Zehenden auf dem Feld nemmen könne, oder 2. in Städlen, oder 3. an ausgetroschnen Getraid, welches zwar in denen Umständen, da wir von der blossen Freyheit des Zehend-Herrn reden, leichtlich zugelassen werden kan. Daß aber der Art. beysetzt, unangesehen, ob ein anders zuvor im Brauch gewesen, das ist, ohngeachtet, ob ein widriges zuvor im Brauch und Observanz gewesen, daß scheint uns so klar und liquid nicht zu seyn, daß wir also dise Frag, ob dise Freyheit durch widrige Gewohnheit abgethan werden könne, in semicent. nost. 2. controv. 32. weitläuffiger ausgeführt haben, wohin wir den geneigten Leser anweisen 8.

weisen. Wegen denen übrigen zwey Arthen die Zehenden einzuthun von denen Aeckern oder Städlen haben wir keine grosse Difficultät gehabt; Aber wegen der dritten Arth haben wir gezweiffelt. Dann wie kan der Zehend-Herr denen zum Zehend geben verbundenen Bauern die Dienstbarkeit ausbürden, daß sie auch den Zehenden austreschen, und das Getreyd in offnen Sack schütten sollen? Hernach scheinet, daß diß ein unauflößliche Beschwernuß habe, dann wie kan man den zehenden Theil der Körnen wissen, wann nicht der Zehend-Herr allzeit einen Mann in der Scheurn hat, der beym Treschen ist, und den zehenden Theil für seinen Herrn zu sich nimmt, weilen aber unser Articul auch dise dritte Arth in specie in sich begreifft, und solche dem freyen Willen des Zehend-Herrn stellet, so ist das so gesetzte und vorgeschriebne Gesatz auf alle Weiß zu beobachten. Und zwar in so weit, daß der jenige, der den Zehend geben muß, gehalten ist, sich mit dem Zehend-Herrn zu vergleichen, wievil Schaff Getreyd er zu geben habe, obwohlen sonsten niemand zum Vergleich gezwungen werden kan, obwohlen wir keinen dergleichen genöthigten Vergleich gesehen haben.

Ob aber dise Freyheit, welche denen Zehend-Herrn über obige 3. Weeg gegeben worden, abgebracht werden könne, haben wir in obiger Controvers. 32. schon gesagt; Gewiß die blosse widrige Observanz, wann sie schon widrig ist, nutzt nichts, weil sie in actibus meræ facultatis und freyen Willens bestehet; Wann aber eine ordentliche Gewohnheit oder Præscription unterloffen, dise haltet unsers Erachtens Stich, wann jedoch bey der Præscription, gleichwie bey anderen Juribus negativis, des Bauerns Widersetzung, und des Zehend-Herrn Gedult unterloffen ist, wie wir dise Arth zu præscribiren schon öffters klar genug und weitläuffig ausgelegt habe. 9.

Der anderte Articul.

Ein jeder Zehend-Herr ist befugt, ob er aus redlichen Anzeigungen und Vermuthungen einer Gefahr, Betrugs, oder sonsten zu besorgen, daß ihme der Zehend nicht wäre völlig gereicht worden, dem Zehend-Mann in dem Stadl auszuzehenden, und dardurch, ob der Zehend-Mann gleich gerecht erfunden, weder Roß, Wagen, wie durch die Zehend-Leuth je zu Zeiten will angezogen werden, noch einig andere Straff nicht verworchen. Würdet aber der Zehend-Mann ungerecht erfunden, soll er dem Zehend-Herrn den Unkosten, so über das Auszehenden ausgeloffen, nach Ermässigung des Richters erstatten, und dem Richter darzu in die Buß gefallen seyn. Da er aber den Zehend recht gegeben, soll der Zehend-Herr seinen Unkosten selbst tragen. Wurde aber ein Zehend-Herr, ohne genugsame Anzeigung, und Vermuthungen, aus denen, daß er billig gezweifflet hätte, ob ihme der Zehend völlig gegeben worden, erscheinen möcht, allein aus Neyd, wider Gebühr und Billigkeit auszehlen, und den Zehend-Mann fürsetzlich in Schaden bringen, oder schmähen, und sich solches zu dem Zehend-Herrn, auf beschehen Klagen des Zehend-Manns befinden wurde, soll der Zehend-Herr sich mit ihm, nach Erkanntnuß sein des Zehends-Herrn ordentlichen Obrigkeit oder Richters, um den Schaden und Schmach zu vergleichen schuldig seyn.

Es soll auch kein Zehend-Herr keinem Zehend-Mann mit dem Auszehlen trohen, und daß er solches unterlassen, von ihme Mahlzeiten, oder anderen Abtrag nemmen, sondern da er billige Ursachen zum auszehlen hat, dasselbig würcklich thun, und den Zehend-Mann in anderen Weeg gantz und gar unangelangt lassen. Thäte er aber hierwider, soll er seiner ordentlichen Obrigkeit oder Richter nach Beschaffenheit gebrauchter Ungebühr, in die Straff gefallen seyn.

Sum-

Summaria.

1. und 3. Wann der Zehend-Herr billigen Argwohn hat, daß der Zehend nicht getreulich geliefert worden, ob die Auszöhlung der Büschel wiederholt werden könne?
2. Ob nicht allein die Bauern, sondern auch die Weltliche Herrn die Pfarrer zur Auszehlung in ihre Städl einlassen müssen?
4. und 7. Wann der Zehend-Herr unschuldig erfunden worden, ob der Zehend-Herr ohnstraff bar seye?
5. Wann die Beschädigung gewiß ist, der Vergleich aber nicht Platz findet, was der Richter zu thun habe?
6. Wer der rechtmässige Richter seye?

1. JN vorhergehenden haben wir gehört, daß vom blossen Willen des Zehend-Herrn abhange, ob er die Zehenden auf den Felderen, oder in Städlen nemmen wolle: Jetzt in disem Art. wird der Casus gesetzt, daß der Zehend auf dem Feld oder in Stadl schon genommen worden, der Herr aber einen Verdacht habe, daß solcher Zehend-Bezug nicht getreulich geschehen, ist also die Frag, ob die Zehend-Nemmung widerholt werden könne? In vilen Orten ist der Brauch, daß die Zehend-Herrn Leuth bestellen, die die Büschl auszehlen, und jeden zehenden Büschl von denen übrig 9. auswerffen, welches die beste Arth ist, und all widrigen Argwohn ausschließt, weil ja der Zehend-Herr einen solchen Mann zu bestellen præsummirt wird, der ihm wird getreu seyn. Weilen aber in unsern Vatterland die Bauern selbsten und ihre Leuth meistens die Garben abzehlen, ja die Abzehlung meistens bey dem Aufladen, wann die Zehend auf den Aeckern gegeben werden, oder wann sie im Stadl gereicht werden, beym Abladen thun, so kan leichtlich geschehen, daß der Zehend-Herr Gefährd werde, welches die Ursach ist, daß unser Art. verordnet, daß die Auszehlung widerhollt werden könne, wann durch wahrscheinliche Umständ erhellet, daß eine Gefährde, Betrug, Fehler oder etwas anderes unterlassen, daß der Zehend-Herr die völlige Zehend nicht erhalten habe, wie die Wort unsers Art. lauten: Ob aus redlichen Anzeigungen, und Vermuthungen einer Gefahr, oder sonst zu besorgen, daß der Zehend nicht wäre völlig verreicht worden. Aus welchen Worten folget, daß 1. die Widerhollung der Auszehlung nicht allein wegen Verdacht gefährlicher und betrüglicher Hinterlistung, sondern auch wegen eines Fehlers, und sonsten heraus kommenden Schadens zugelassen werde, dessen ist die Ursach, der Favor gegen die Zehenden und Zehend-Herrn, wegen deren Schad-loß-Haltung unser Articul sorgfältig ist.

2. Folgt 2. daß diser Art. denen Geistlichen und Weltlichen Zehend-Herrn gemeinschäfftlich seye, also daß die Bauern und andere der Zehend-Reichung Unterworffene nicht allein die Pfarrer zu Widerholung der Auszehlung der Garben in ihre Städel einlassen müssen, sondern auch die Weltliche Zehend-Herrn. Ja, weilen diß ein Privilegium ist, welches vilmehr dem Zehend-Recht als denen Zehend-Herrn zustehet, so scheinet, daß solches die Weltliche Zehend-Herrn nur zufälliger Weiß haben.

3. Folgt 3. daß doch die Verdacht, wegen welchen die Widerholung der Auszehlung begehrt wird, müssen rechtmässige, redliche Anzeigungen, und Anmuthungen seyn, wie wir kurtz hernach weiters sehen werden. Dessen ist die Ursach, weilen solche Zumuthung, daß nemlich die Auszehlung nicht getreulich geschehen seye, kaum ohne Beletzung guten Nahmens geschehen kan.

4. Gesetzt aber 4. daß der Zehend-Herr rechtmässige Beschädigungs Muthmassungen habe, so verwürckt er doch keine Straff, wann schon der Zehend-Mann getreu und redlich erfunden worden. Vor altem haben die Bauern dise ungeschickte Impression gehabt, daß der Zehend-Herr, der zu Widerholung der Auszehlung mit Gutschen und Pferden versehen kommen, solche Pferd und Gutschen verliehre, wann sich gezeigt hat, daß die Zehend redlich gereicht worden, welche Einbildung unser Art. verlacht, als wann dergleichen Bauers-Leuthen Treu und Glauben so hoch wäre, daß man selben sine crimine feloniæ nicht in Zweiffel setzen dörffte.

Gleichwie im Gegenspihl 5. wann der Zehend-Herr aus lauter Passion, und Neyd wider alles Recht und Billigkeit allein zu dem End die Wieder-Auszehlung begehrt, damit er den Zehend-Mann vorsetzlich in Schaden bringe, oder ihne auch als Untreu verschreit mache, alsdann ist solche boßhaffte Beschädigung und Verschreit-Machung nicht zu gedulten, sondern es muß der Zehend-Herr condemnirt werden, daß er dem Zehend-Mann alle Kösten, so durch die Wieder-Auszehlung gemacht worden, und zugleich auch wegen der Schmähung Satisfaction gebe?

5. Es redet zwar 5. der Art. vom güttlichen Vergleich, so unter denen Partheyen

zu

zu treffen ist, was ist aber zu thun, wann sich solcher zerschlagt? Villeicht, weilen gefährlich ist, über Injurien und Verleimdungen sich vergleichen. Mynf. & Harp. ad §. fin. Inst. de injur. Oldendorp. class. 7. act. 12. in capit. defens. Solchen Falls muß der Richter die Hand darein schlagen, und sowohl auf den Schaden als Schmähung gesehen werden.

6. Merckwürdig doch 7. sagt der Articul daß der ordentlichen Obrigkeit des Zehend-Herrn die Untersuchung gebühre. Wann also der Lehen-Herr Weltlich ist, so gehört die Untersuchung dem Weltlichen Gericht zu. Wann aber der Lehen-Herr ein Geistliche Persohn ist, so gebühret die Untersuchung der Geistlichen Obrigkeit. Aus Ursach, weil der Kläger das Gericht des Beklagenden suchen muß. Es erhellet also abermahlen gantz klar, daß in Zehend-Sachen unser Durchläuchtigister Gesatz-Geber dem Geistlichen Gericht nichts habe benemmen wollen.

Endlich, obwohlen vor besagter massen ein jeder Zehend-Herr die Wiederhollung der Auszehlung der Garben oder Büschel aus rechtmässigen Anzeigungen begehren kan, wann jedoch der Zehend-Mann unschuldig und getreu erfunden worden, so muß der Zehend-Herr die Kösten der wiederholten Auszehlung tragen, und kan solche auf keine Weiß auf den unschuldigen Zehend-Mann verschieben. 7.

In einigen Orten ist diser Mißbrauch eingeschlichen, daß die Zehend-Herrn denen Bauern die Bedrohung der Wieder-Auszehlung der Garben allein zu dem Ende macheten, damit sie eine Mahlzeit oder einen ungerechten Gewinn erpressten. Welchen Mißbrauch unser Art. billig verwirfft, welch alles der Vernunfft und natürlichen Billigkeit gemäß, und also vor GOtt und der Welt zu beobachten ist.

Der dritte Articul.

Kein Zehend-Herr ist befugt von dem Zehend-Mann so vil Zehend-Garben zu forderen, als er etwann das vorig Jahr im Auszehlen gehabt hat, noch auch da etwann verschiedenes Jahr 5. 6. oder mehr Garben unter zehen übergeblieben, daß man im folgenden Jahr auf dieselbige zehlen wolt. Sonderen ein jeder Zehend-Herr soll sich an dem Zehend begnügen lassen, was ihme jedes Jahr gebührt, und was die Zehend-Garb, nach völliger Auszehlung, alles Zehends, nicht erreicht, von demselben nichts nemmen, doch mag er von einem Acker, auf einen andern, demselben Zehend-Mann zugehörigen Acker, und von einer Sorten härten, auf ein andere Sort härten, also von einer Sorten geringen, auf ein andere Sort geringen Treyd, doch im selbigen Jahr, wohl zehlen.

Summaria.

1. Ob der Zehend-Herr alle Jahr eine gewisse Anzahl der Garben begehren könne?
2. Ob die Auszehlung von einem Jahr auf das andere geschehen könne?
3. Ob nicht die Auszehlung von einem Acker auf den anderen fortgesetzt werden müsse?
4. Ob dise Fortsetzung der Auszehlung zu verstehen seye von einer Sort zur anderen?

1. Gegenwärtiger Art. fahrt weiters fort von der Auszehlung etwas zu verordnen: von welchem das erste ist, daß der Zehend-Herr nicht berechtiget sey, diß Jahrs so vil Garben in Nahmen des Zehends zu begehren, als vil er villeicht vorigen Jahrs erhalten hat. Aus Ursach, weilen die Zehend müssen gegeben werden von denen Früchten der Erden, welche alle Jahr aus GOttes Seegen wachsen. Wann nun diß Jahrs weniger gerathen, als vorm Jahr, so ist man auch weniger Zehend zu geben schuldig, wann mehr gewachsen bekommt auch der Zehend-Herr mehrer: Wann aber nichts gewachsen, muß der Zehend-Herr sowohl als der Bauer den Schaden leiden: Dann die Schuldigkeit Zehend zu geben hat die Condition, wann Früchten wachsen, und dahero, wann die Früchten durch Reiff, oder Hagel und Schauer, oder durch anderes Unglück zu Grund gangen, so muß der Zehend-Herr mit dem Bauern den zehenden Theil Schaden

den tragen; Wann jedoch nach ausgetroschnen Getreyd das Stroh verbleibt, welches die Bauern für das Vieh abschneiden, so muß auch vom Stroh der Zehend gegeben werden, weilen solches auch unter die Früchten gerechnet wird. dict. controv. 29. semiceut ad prin. Hernach thun die Bauern ihre Felder gemeiniglich in 3. Theil abtheilen, deren einer besaamt wird mit Winter-Früchten, und der ander mit Sommer-Früchten, und der dritte ligt in der Brach; die Winter-Früchten werden hart und schwer, die Sommer-Früchten aber gering Getreyd genennt, weilen um ein beständige Abwechslung in disen 3. Gattungen geschieht, daß nemlich jenes Feld, so vorm Jahr Winter-Getreyd getragen, heur mit Sommer-Früchten besaamt wird, und das dritte Jahr in der Brach ruhet, wie kan also begehrt werden, daß alle Jahr ein gewisse Anzahl der Garben für Zehend gegeben werden solle? Absonderlich weilen dergleichen Gattungen meistens ungleich seynd, also daß eine die andere offtmal um etliche Juchart übersteigt.

2 Das andere ist, daß die Auszehlung von einem Jahr zum anderen nicht geschehen soll. Zum Exempel, der Titius hatte vorm Jahr 307. Garben, von 300. hat der Zehend-Herr 30. für Zehend erhalten, jetzt ist die Frag, weilen noch 7. Garben übergeblieben, ob der Zehend-Herr künfftiges Jahr in des Titii Felder die Auszehlung so gleich von diß 7. Garben anfangen, und folglich die dritte Garb als Zehend ihm zueignen könne? Welches unser Art. verwirfft, weilen die Bürde eines Jahrs auf das andere nicht zu überschieben ist, absonderlich weilen in einem Jahr die Güther zu Zeiten öffters verändert werden können.

3. Dises aber 3. laßt der Art. zu, daß die Auszehlung der Garben von einem Acker des Titii auf den anderen mit gleicher Frucht besaamten Acker selbigen Jahrs fortgesetzt werden könnt. Welches unsere Bauern, denen an vilen Orten die Auszehlung anvertraut wird, gar nicht thun, sondern solche auf jeden Acker aufs neue anfangen, welches wider den guten Glauben ist.

4. Es muß doch 4. die Auszehlung von einer Gattung der Früchten zur anderen die Fortsetzung gemacht werden, zum Exempel, vom Waitzen zum Waitzen, von Veesen zu Veesen, von Gersten zu Gersten, von Roggen zu Roggen, von Haaber zu Haaber, und nicht vom schweren zum leichten, oder vom leichten zum schweren. Aus Ursach, weilen solche Veränderung einem oder dem anderen Theil dem Bauern oder Zehend-Herrn schaden könte. Dem Bauern, wann vom leichten zum schweren Getreyd gegangen wurde: Und dem Zehend-Herrn wann vom schweren zum leichten Getreyd geschritten wurde. Es scheint zwar der Art. in etwas dunckel und obscur zu seyn, weil er simpliciter glat hin die Fortsetzung der Auszehlung vom schweren zum wieder schweren, vom leichten zum wieder leichten zulaßt, aber unsers Erachtens ist diß allzeit darunter zu verstehen, von einer Sorten. Dann wann vom Veesen zum Waitzen, oder vom Haaber zur Gersten der Zutritt gestattet wurde, so wäre eben das Præjudiz obhanden, welches gemacht wurde, wann vom schweren zum ringen Getreyd geschritten werden dörffte. Weil der Waitzen besser als der Veesen, und die Gersten besser ist als der Haaber.

Wann du sagest, daß von jeder Sort der Früchten dem Zehend-Herrn der Zehend gebühre, also auch von denen abgesetzten 7. Garben, welche für heuer über geblieben; So antworten wir, daß diß zwar nach strengen Recht wahr seye, weilen aber um ein weniges sich der Richter nicht kümmert, so vermeynen wir, es werde kein Geistlicher oder Weltlicher Zehend-Herr seyn, der sich diser Verordnung widersetze, wann nur die Zehend-Männer die Fortsetzung der Auszehlung von einem Acker zum anderen gleicher Sort vom Getreyd getreulich machen, welches, wie wir selbsten gesehen haben, gemeiniglich vernachlässiget wird.

Der vierte Articul.

Wann an den ausgezehlten Garben in Stadel aus der Zehend-Leuth Unfleiß, und hinlässiger Verwahrung, durch die Hähnen, oder ander Vieh, Schaden zugefügt würdet, oder sonsten Mangel an den Garben sich befinde, soll der Zehend-Mann die mangelhaffte Garben, mit anderen, so ungefährlich von dem Treyd-Stock genommen werden sollen, auswechslen und erstatten, doch dardurch, wo er kein Gefahr, oder Betrug gebraucht, dem Richter einige Buß nicht schuldig seyn. Liesse aber der Zehend-Herr, wann die Ernd jedes Orts für-

fürüber, und nachdeme es ihme der Zehend-Mann verkündiget, die Zehend-Garben, über ein Monat im Stadel liegen, und holte die nicht ab, und beschehe daran Schaden, daß sie geärgert wurden, solchen soll der Zehend-Mann zubüssen, noch andere Garben darfür zu geben, nicht schuldig seyn, er hätte dann dem Zehend-Herrn solche länger zu verwahren versprochen.

Summaria.

1. Ob der Zehend-Herr die Garben in dem Fall auswechslen könne, da einige Garben Schaden gelitten, oder ausgefressen worden?
2. Was Rechtens, wann die Garben nach deren Absönderung aus Zufall verderbt worden?
3. Was für eine *Culpam* der Zehend-Mann *præstiren* müsse?
4. und 7. In was Zeit der Zehend-Herr den Zehend abholen müsse?
5. Ob nicht in Bayrn vom Zehend-Nemmen in Städlen abgewichen worden?
6. Wann an denen Garben aus Betrug oder *Culpa* des Zehend-Manns Schaden geschehen, wie er zu bestraffen seye?

1. Kurtz zuvor haben wir gehört, daß denen Zehend-Herrn frey stehe, daß sie die Zehend-Absönderung entweder auf dem Feld, oder in den Städlen machen können. Wann nun in Städlen die Absönderung geschehen ist, und der Zehend-Herr beklagt sich, daß seine Zehend-Garben in Stadel schlechter worden, villeicht vom Vieh, Vögel oder Aenden und Hähnen aufgefressen worden (wie dise boßhaffte Gesellen zu Zeiten um den Zehenden aus- und abfressen zu lassen, Vieh und Geflügel mit Fleiß in die Städel, ja auch Gänß und Schwein auf die Aecker eintreiben) so kan der Zehend-Herr die beschädigte Garben mit anderen unbeschädigten gantzen Garben answechslen.

Wann du sagst, daß die Wort des Art. wegen Auswechslung der Garben auf den Zehend-Mann gericht seyen, und abzihlen, und nicht auf dem Zehend-Herrn; So antworten wir, diß sey zwar wahr und Rechtens, weil ein jeder jenes, was ihm gebührt, mit rechtmässigen Actionibus suchen, und nicht eigenmächtig wegnemmen muß, wann jegoch der Zehend-Mann so unverschamt ist, und die Auswechslung nicht gestatten will, so vermeynen wir, der Zehend-Herr thue nicht unrecht, wann er statt ein- und anderen verderbte Garb ein andere gantze ohne Richterlicher Hülff wegnimmt, weil er in der That was sein ist, wegnimme, als thäte gleichsam das Gesatz selbsten die Auswechslung der Garben mit guten gestatten, und sehr hart und ohngewöhnlich ist, daß einer wegen jeden Garb den Richter anlauffen, und gleichsam einen Procefs haben soll.

2. Was ist aber Rechtens, wann die Verderbung der Garben, nach beschehner rechtmässigen und redlichen Absönderung derselben zufällig sich zugetragen hat? Und wir antworten, daß der Herr den Schaden leiden müsse; durch die Absönderung der Zehend-Garben wird der Zehend-Herr derselben Herr, also muß er den nach der Absönderung erfolgten Schaden selbst tragen. Und diß ist, was unser Art. sagt, wo er gleich zu Anfang erfordert, daß die Verderbung der Zehend-Garben aus Verschulden und Hinlässigkeit des Zehend-Manns geschehen seye.

Wann du weiter fragest, was für eine Culpam der Zehend-Herr probiren müsse? So antworten wir, latam, und levem, nicht aber levissimam. Aus Ursach, weilen Krafft dises Art. der Zehend-Mann ein gantzes Monat die Zehend-Garben zu verwahren schuldig ist, damit der Zehend-Herr Gelegenheit habe, seine Zehend füglich nacher Hauß zu führen, welcher aber die Verwahrung zu thun schuldig ist, der muß thun, was ein fleissiger Hauß-Vatter zu thun verbunden ist, ist also nicht allein um die Culpam latam, sondern auch um die Culpam levem gebunden. Wann du sagst, daß dise des Zehend-Manns Schuldigkeit in den Contract depositi einschlage, bey welchem Regul-mässig allein der Dolus und lata Culpa præstirt wird, L. 32. ff. depos. vel cont. Weil jener keinen Nutzen hat, bey welchem das Depositum in Verwahrung liegt. So antworten wir, daß wir in diser Materi nicht handlen vom Contract des Depositi, weil der Zehend-Herr die Verwahrung der Zehend-Früchten nicht aufnimmt aus einen mit dem Zehend-Mann geschloßnen Contract, sondern aus Verordnung des Gesatz muß er die Verwahrung præstiren, so lang die Zehenden in seiner Handen seyn. Dann der Zehend-Mann ist verbunden, die Zehend gantz und ohne Abgang in der That zu reichen, er thut also seiner Schuldigkeit nicht genug, wann nicht der Zehend-Herr die Zehenden empfangen, oder zu empfangen vernachlässiget hat; Und dahero, damit wir nicht immer 4.
im duncklen herum gehen, wird dem Zehend-

hend-Herrn ein Termin eines Monats zu Abführung des im Stadel abgezehlten Zehends anberaumt, welchen, wann er versaumt hat, muß er ihm selbst zumessen, wann der Zehend-Mann nachgehends solche nicht mehr besorgt hat. Hernach, wann wir schon zulassen, daß gleichsam stillschweigend unter dem Zehend-Herrn und Zehend-Mann der Contractus depositi getroffen worden seye, so haben wir doch bey dem 18. Tit. 1. Art. der Land-Recht schon oben gesagt, daß ein jeder in der depositirten Sach eben solche Sorg und Verwahrung thun müsse, wie in seiner eignen Sach, daß also keiner entschuldiget seyn kan, wann er seine Früchten in salvo hat, die Zehend aber der Ausfressung des Viehs hat liegen lassen.

5. Dahero liegt nichts daran, es mögen die Zehend-Früchten von des Zehend-Manns oder fremden Vieh ausgefressen worden seyn, weilen er solche vor allem Vieh verwahren muß; Ist also nöthig, daß er den Stadel sperre, und die Porten also bewahre, damit weder ihm noch dem Zehend-Herrn Schaden widerfahre. Gemeiniglich ist man in unserm Vatterland von diser Arth den Zehend in Städlen zu nemmen abgewichen, weilen erst die Frag ist, ob die Zehend-Nemmung auf dem Feld, oder in denen Städlen nutzlicher seye? vid. famicent. 2. controv. 32.

6. Diß doch merckt sonderheitlich an der Art. daß, wann in denen Zehend-Garben aus des Zehend-Manns Unachtsamkeit und Negligenz, oder mit einem Wort aus dessen schlechten und fahrlässigen Verwahrung Schaden geschehen, ihme neben Ersetzung des Schadens kein Straff auferlegt werden könne. Aus Ursach, weilen, wie wir schon öffters gesagt haben, in Burgerlichen Geschäfften kein Pœnal-Action entspringt, sondern allein Actio rei persecutoria. Der Art. sagt, es seye ein anderes, wann der Zehend-Mann den Schaden selbst aus Vorsatz und bösen Gemüth gethan hat; Dann wann der Vorsatz und das böse Gemüth bekannt ist, so ist an sich selbsten klar, daß solches Verbrechen unbestrafft nicht bleiben kan, wie unsere Land-Recht in vorgehenden offt an Tag gegeben haben.

Wir haben bißhero allzeit von einer Monatlichen Verwahrung geredt, welcher Termin von unserm Durchleuchtigisten Gesatz-Geber also verordnet worden ist, obwohlen die Lands-Ordnung de Anno 1553. lib. 4. tit. 16. art. 3. ohne Termin redete, und die Räth 14. Tåg genug zu seyn darfür gehalten haben, welchen wir beystimmeten, wann nicht das Widerspihl wäre verordnet worden, weil gewiß nicht ein kleiner Verdruß ist, ein gantzes Monat lang absonderlich zu solcher Zeit, wo die Feld-Arbeit obhanden ist, und die Bauern sehr vil zu thun haben, auf so genaue Obsicht verbunden zu seyn, der Art. doch thut auch diß zum Uberfluß beysetzen, daß, wann der Zehend-Mann sich zur längeren Verwahrung verbunden hat, der Zehend-Mann durch solche Verbindnuß gehalten seye, welches niemand widersprechen kan, ich aber hielte solches freywilliges Versprechen, für einen wahren Contract depositi, der allein zu Nutzen des Zehend-Herrn geschlossen worden, und also der Zehend-Mann nur de dolo, & lata culpa wegen Ersetzung des Schadens gehalten seye. 7.

Der fünffte Articul.

Auf dem Feld ist der Zehend-Mann dem Zehend-Herrn sein Zehend länger zu verwahren nicht schuldig, dann so lang biß er sein eigen Treyd einbringt, wurde aber der Zehend-Herr also gehindert, daß ihme den Zehend sobald einzubringen unmöglich, mag er ihme selbst verhüten, ohne des Zehends Manns Entgelt. Doch soll man das Vieh nicht auf die Aecker treiben, biß der Zehend eingebracht ist, er seye gleich an Garben, oder stehe noch auf der Wurtzel, wie man dann an etlichen Orten solchen stehen laßt, doch daß der Zehend-Herr wider Gebühr nicht saumig seye. Man soll auch auf den Aeckeren nicht äheren, es sey dann zuvor das Getreyd derselben Revier und Felds allbereit einkommen.

Summaria.

1. Wann der Zehend auf dem Feld genommen wird, wie lang der Zehend-Mann zur Verwahrung gehalten seye?
2. Ob erlaubt seye in die Helm für das Vieh die Weyd zu eröffnen, ehe die Zehend vom Feld weggeführt worden?
3. Ob durch Gewohnheit oder Verjährung eingeführt werden könne, daß der Zehend an der Wurtzel gegeben werde?

1 Nderst haltet sich die Sach Krafft dises Art. wann der Zehend auf dem Feld genommen worden, dann solchen Falls der Zehend-Mann zur Verwahrung länger nicht gehalten ist, als biß er seine eigne Früchten eingeheimst und in Stadl gebracht hat; Die Ursach des Unterschieds ist, weilen nachdem der Acker abgeraumt worden, der Bauer nichts mehr hat, was er alldort zu hüten hätte. Es wäre aber gar zu hart, wann er für den anderen ein besondere Wacht herstellen müßte. Wann aber der Zehend in des Zehend-Manns Stadl oder Scheurn genommen worden, so muß ihm nicht schwehr fallen, daß er das Fremde mit dem Seinigen auf eine kurtze Zeit und gleicher Gestalten verwahre: Liegt also dem Zehend-Herrn ob, daß er, wann die Felder abgeraumt seynd, seine Zehend auf alle bessere Weiß selbsten bewahren lasse, welches auch sehr nöthig ist, weil das Wildbret zur solchen Zeit denen Zehend-Früchten, wann sie länger unter haiteren Himmel liegen bleiben, nachdeme die Aecker schon abgeraumt da liegen, sehr gefährlich und schädlich ist.

2. Gantz recht doch wird in disem Art. ein dopplete Ermahnung gemacht, die erste ist, daß zuvor für das Vieh in die Helm die Weyd nicht eröffnet werden soll, biß auch die Zehend vom Feld und Aeckern weggeführt, und von denen Zehend-Herrn eingefechset worden. Dann es seynd offt die Zehend-Herrn absonderlich die Pfarrer vom zehenbahren Ort weit entlegen, offt auch die Pfarrer, absonderlich, welche vom blossen Zehenden und Opfer leben, keine Pferd und Wägen haben, und füglich keine Lohn-Fuhren haben können, weilen alle Bauern absonderlich bey Regen-Wetter ihr Fuhrwerck um ihre eigne Früchten einzuführen selbst nöthig haben. Ist also gantz recht und billig, daß, ehe das Vieh in die Helm eingelassen wird, so lang inngehalten werde, biß auch die Zehend-Früchten sicher eingebracht werden können. Das andere ist, daß denen Armen alsdann erst das ähern erlaubt seyn soll, wann auch der Zehend wircklich von denen Aeckern weggeführt ist. Gewiß wir selbsten haben mit Ergernuß gesehen, daß auch die Arme GOtt nicht förchten, sonder von gantzen Garben die Aehern abschneiden, und in ihre Säck schieben, denen Zehend-Herrn aber das Stroh überlassen, welche beydes unerträglich ist.

Hauptsächlich aber seynd an jenen Orten dise Vorsorgungen zu machen, wo die Zehenden an der Wurtzel gegeben werden, denen Furchen oder Pött, oder Pifflingen nach, weil die Zehend-Herrn solche einzuheimsen grösser Mühe haben, und längere Zeit brauchen. 3.

Wir thätten gern die dritte Vorsorgung beysetzen, daß nemlich zur Zeit wo die Zehenden, so entweders schon zu Garben gemacht, oder noch auf der Wurtzel stehen, auf dem Feld seynd, vom Wildbret verwahrt wurden; Dann wir haben gesehen, daß vom Wildbret die Garben zu Zeiten also abgefressen worden, als wann sie verfault wären. Was wird also in anderen Orten geschehen, wo die Zehenden auf der Wurtzel gegeben werden, weil kaum möglich ist, daß der Pfarrer oder andere Zehend-Herr auf jeden Pifling oder Furch einen Wächter stelle? Wir haben zwar bißhero kein Ort gesehen, wo der Zehend auf der Wurtzel gegeben wird, weilen jedoch der Art. von dieser Præstation Meldung thut, so erhellet genugsam, daß dise Arth den Zehend zu geben durch Gewohnheit und Verjährung eingeführt werden können. Wie von disen Arthen die Zehend zu geben mehrers gelesen werden kan in controv. 32. semicent. nost. 2. bey Graved. consil. 21. Guido Pap. quæst. 284. Gutierez lib. 2. quæst. 21. Rebuff. in tract. de decimis quæst. 13.

Der sechste Articul.

Je Zehend-Leuth sollen ihren Zehend-Herren den Zehend geben und reichen, von dem gantzen Gewächs, und weder ihr Dienst- und Saam-Treyd, noch auch Lohn-Mehn-Deichsel-Schmid- und Aussätz-Garben, oder wie sie es sonsten allenthalben nennen, nicht aussönderen, und hindann nemmen, sondern was er vom Getreyd, zu Abrichtung seiner Schnitter, Arbeiter, oder sonsten nemmen, und vergeben will, das soll so wohl als andere Getreyd verzehend werden, unerwogen, ob gleich an einem Ort ein anders im Gebrauch herkommen wäre: Da auch jemand Mischling säet, und den Rossen zum Futter abmähet, soll er doch auch von solchem den Zehend reichen, und sich mit dem Zehend-Herrn, was unge-

ungefährlich der zehend Theil seyn mag, vergleichen. Wurde aber jemand hierwider handlen, oder sonsten andern Betrug im Zehenden brauchen, der soll vom Richter unnachläßlich gestrafft werden.

Summaria.

1. Ob die *Personal* Zehenden erst nach Abzug der Kösten zu reichen seyen?
2. Ob nicht vom Acker Zehend das Saam-Getreyd abzuziehen seye?
3. Ob vom Zehenden die Gülten abzurechnen seyen?
4. Ob durch Abzug jener Garben der Zehend geminderet werden könne, welche die Bauern anderen freywillig, oder aus *Observanz* geben?
5. Was Rechtens, wann sie denen Schnittern für ihren Lohn gewisse Garben geben?
6. Oder denen Troschern?
7. Was Rechtens, wann solcher Abzug aus einer *Observanz, Præscription*, oder Gewohnheit eingeführt worden?
8. Ob auch der Zehend von unzeittigen, und Mischling Früchten gegeben werden müsse?

1. DIser Art. bestettiget mit mehreren Worten, was schon oben von völligen Reichung der Zehenden bey dem 1. und 2. Art. gesagt worden, welches sonderheitlich von denen Grund-Zehenden zu verstehen ist, dann die Personal-Zehend ist man nicht schuldig, wann nicht die Unkösten abgezogen seynd, Cap. pastoralis. X. de decim. dann sie werden Gewinns halber gegeben, es ist aber kein Gewinn, wann nicht zuvor die Kösten abgezogen seynd, L. Mutius ff. pro Soc. wovon wir nicht reden, weil die Personal-Zehenden, wie bekannt ist, überall in Abgang gekommen.

Von denen Grund-Zehenden nun verordnet der Art. daß 1. keine Unkösten wegen Anbauen, Besaamung, und anderer Arbeit abzuziehen seyen, welches einstimmet mit der Verordnung des Geistlichen Rechts in cap. cùm homines cap. tuta nobis cap. pastoralis X. de decim. Aus Ursach, weilen die Zehenden aus ihren ersten Ursprung zu Erkantnuß allerhöchsten Herrschafft gereicht werden, so man GOtt dem Herrn schuldig ist, nun ist nur gar zugewiß, daß aller Orten die Bauern, was sie ihren Weltlichen Herrschafften zu Erkantnuß des Dominii directi reichen, völlig ohne einzigen Abzug der Unkösten reichen müssen, also auch GOtt dem höchsten Herrn, weil die Weltliche Herrn nicht besser als GOtt seyn können.

2. Welches der Art. 2. in so weit erstreckt, daß auch die Saamen nicht können abgezogen werden, und nicht einmahl um den Zehenden Theil, noch vil weniger gantz; Aus Ursach, weilen der Saamen auch denen Weltlichen Herrschafften nicht abgezogen wird, also noch vil weniger dem höchsten Herrn unsern GOtt.

3. Diß wird 3. erstreckt, daß auch am Zehend nicht kan abgezogen werden, was denen Weltlichen Grund-Herrschafften gereicht wird, als die Gülten, oder andere Geld und Getreyd-Gefäll. Aus Ursach, weilen die Weltliche Herrschafftliche Præstationen eine Bürde von denen übrigen 9. Theilen seynd, welche die Bauern von denen Früchten geben müssen, muß also der Bauer von solchen 9. Theilen seinen Grund-Herrn befridigen, und nicht vom Zehenden, so GOtt zugehört, und also fremd ist. Dahero, wann der Herr mit seinem Bauern einen Pact macht, daß ihm alle Jahr zum Exempel der dritte Theil der Früchten (welche coloni partiarii genennt werden) so vermeynen wir essseye zu sagen, daß der Herr wegen solchen Drittels von der Zehend-Reichung nicht frey seye. Aus Ursach, weilen der Herr mit dem Bauern in Gesellschafft zu seyn erachtet wird. Gleichwie nun der Bauer wegen zwey Drittl den Zehend geben muß, also auch der Herr von seinem Drittl. Dann was ist zu thun, wann der Herr den gantzen Hoff zu sich nimmt, und alle Früchten genißt, ist er nicht schuldig den gantzen Zehenden zu reichen? Weil ihm dem Geistlichen Recht nach keine Freyheit zustehet. Also auch muß er vom Drittel den Zehend geben, weil den Zehend kein Bürde der Früchten ist, wie wir schon gemeldet haben, wann nicht villeicht der Bauer für des Herrn Drittl der Zehend zu geben auf sich genommen hat, Dann solchen Falls hat der Herr wider die Bauern eine Action, kan doch den Zehend-Herrn nicht verhinderen, daß er nicht von solchem Drittel von Herrn den Zehend Conditione ex canone, oder wann der Zehend-Herr weltlich ist, Conditione ex lege begehre, weil dise Actio in rem scripta ist.

Werd 4. erstreckt, daß die Bauern durch Abzug jener Garben die Zehenden nicht verminderen können, welche sie anderen entweders freywillig, oder aus einer alten Observanz und Gewohnheit geben. 4.
Dann in vilen Orten ist der Brauch, daß zur Ernd-Zeit vil dergleichen Bettlerey geschehe, also daß die Tag-Löhner, und die

 Ehe-

Ehehalten, Schmid, und Wagner, Bader, Barbier, und andere dergleichen Leuth von denen Bauern ein und andere Garben zu Zeiten auch mehrere forderen, welche zu Præjudiz des Zehend vor der Abzehlung nicht können gegeben werden. Aus Ursach, dann entweders werden solche Garben um sonsten gegeben, und alsdann muß der Bauer vom Seinigen das Allmosen geben, und nicht vom Fremden, welche aber aus einer Schuldigkeit und alten Gewohnheit gegeben werden, so muß der Bauer aus denen übrigen 9. Theilen die Schuld bezahlen, und nicht vom Zehenden, der GOtt zugehört.

5. Eben eins ist 5. wann ein Bauer mit denen Schnitteren bedungen hat, daß sie für ihren Lohn gewisse Garben, oder gewisses Maaß an Treyd haben sollen. Dann diser Lohn wird vor der Zehend-Reichung nicht abgezogen, aus Ursach, weil der Bauer die Schnitter und Arbeiter bezahlen muß, obwohlen ich niemahlen gesehen hab, daß man denen Schnitteren für Lohn gewisse Getreyd, oder gewisse Garben bedungen habe, wohl aber mit denen Dreschern, welchen absonderlich die Geistliche und Seelsorger den 20sten Theil für Drescher-Lohn geben und anlassen.

6. Doch 6. glauben wir, es könne niemand zweifflen, daß auch solch 20ste Theil für Drescher-Lohn auch den Zehenden betreffe, verstehe, wann die Gewohnheit ist, daß der Zehend in Sack gegeben werde: Dann weilen von denen Dreschern allzeit der 20ste Metzen ohne Unterschied für Lohn weggenommen wird, so betrifft eben darum auch solcher Abzug den Zehend-Herrn, obwohlen auch die Gewohnheit seyn kan, daß der Bauer ohne Abzug des Drescher-Lohns den Zehenden reichen müsse, gewiß in all disen, welches die Arth den Zehend zu reichen belangt, muß des Orts Gewohnheit beobacht werden. Wie die ob allegirte DD. lehren.

7. Was ist aber Rechtens, wann 7. an einem Ort von Alters her die Observanz herkommen, daß obbemelte freywillige, oder auch schuldige Garben Abgebungen vom Zehenden abgezogen werden? Und unser Art. antwortet, daß solche Observanz ungiltig seye, welches wir allein von einer 20. oder 30 jährigen Obsevanz verstehen, nicht aber von einer rechtmässigen Gewohnheit, oder ohnfürdencklichen Verjährung, wie wir zuvor schon gesagt haben, und gleich folgen wird. Dann wann durch Gewohnheit oder unfürdencklichen Præscription eingeführt werden kan, daß weniger als der 10. Theil denen Pfarrern für Zehenden gereicht werden kan, so kan ja auch durch Gewohnheit und Præscription das Recht erworben werden, daß die Auszehlung der Garben für den Zehend er nach Abzug der zu anderen Gebrauch gewidmeten Garben angefangen werde, wann nur dem Pfarrer sein Competenz verbleibt.

Es pflegen auch zu Zeiten die Bauern Mischling-Getreyd zu säen, welches, da noch im Graß ist, sie abschneiden, und denen Pferden in Barn werffen. Dahero der Art. verordnet, daß auch von solchem unzeitigen Mischling der Zehend gereicht werden müsse. Aus Ursach, weilen auch solche Getreider-Früchten seynd, aber von allen Früchten muß der Zehend gegeben werden. In einigen Orten werden auch dergleichen Mischling für die Leuth angebaut, absonderlich die Winter-Getreyder als Waitzen mit Veesen, woraus sehr gutes Brod gebachen wird, welches die Bauern ihr Kässl-Brod nennen. Wann also Krafft unsers Art. von Mischling-Getreyderen, so zum Futter für die Pferd gebaut worden, der Zehend gereicht werden muß, muß solcher um so mehr von dem zur Nahrung der Leuth gebauten Mischling gegeben werden, zumahlen solcher zur Zeitigung kommt, und mehrers unter die Früchten zu zehlen ist, als der Mischling, so im Graß abgeschnitten wird. In Ober-Lands-Bayern, wie wir schon anderstwo gesagt haben, schneiden sie den Haaber, da er anfangt zu schiessen, ab, und geben das abgeschnittene denen Pferden, weil selten ein Bauer gefunden wird, der zur Ernd-Zeit noch einen Haaber für die Pferd hat, müssen also aus Noth zu Abschneidung solch unzeitigen Früchten schreitten, welches doch denen Zehend-Herrn keinen Schaden thut, weil vom Haaber der Zehend nicht denen Garben nach, sonder denen Furchen oder Pifingen nach genommen wird, weßwegen die Bauern ihnen die abgeschnittene Furchen und Pifingen unter ihre 9. Theil zu rechnen, dem Zehend-Herrn aber den gantzen Pifing überlassen, welchen Fals ihme am Zehenden nichts abgehet. Wann aber der Bauer den mit Mischl angebauten Acker völlig zum Futter verwendet hat, so muß er sich mit dem Zehend-Herrn gütlich vergleichen, und ihme den Zehend ersetzen, welches der Ermässigung der Erfahrnen zu überlassen ist. Entlich 8.

Und letzlich wird befohlen, daß die Ubertretter sollen scharpf gestrafft werden, nach Beschaffenheit des Verbrechens, weil kein Straff benennt, sonder der Richterlichen Ermässigung überlassen worden, welcher, wie oben schon gesagt worden, erwögen muß, ob das Ubertretten geschehen seye aus Unfürsichtigkeit und Negligenz, oder

oder aus Vorsatz, bösen Gemüth und Betrug. In welchen letzteren Fall so böse Umständ einschlagen können, daß auch eine Vicedomische Straff Platz haben kan. Gewiß die Herrn Pfarrer seynd behänd solche, die die Zehend verduschen und untreu abtheilen, für Zehend-Dieb ab der Cantzl auszuschreyen, wie seynd also dise zu bestraffen?

Der siebende Articul.

DJe Thorwärter sollen sich nicht unterstehen unter dem Schein, daß sie zu Ernd-Zeiten, die Thor etwann früher aufthun, und spätter sperren müssen, von den Treyd-Fuhren ein Garb zunemmen. Will aber jemand dem Gesell-Priester, Schmid, Bader, Hüter, dem Meßner (wegen des Leutens) oder auch Schergen, ein Garb geben, oder wäre ihnen die, alten Herkommens halben schuldig, soll ers thun von seinem eignen Getreyd, dem Zehend-Herrn an seinem Zehend unentgolten.

Summaria.

1. Ob denen Thorwärtern ein Garb gebühre, und was diß für ein Mißbrauch sey?
2. Ob denen Meßnern, Badern und Schmiden ein Garb gebühre?

1. JN disem Art. wird ein anderer Mißbrauch verworffen, so mehr die Burgerliche als Dorffs-Baurs-Leuth betrifft, dann weilen die kleinere Städt- und Märck ausser der Porten hin und wider meistens Feld-Güther haben, als eigen oder sonsten, so nemmen die Thorwart zur Ernd-Zeit von denen beladenen Wägen Garben unter dem Vorwand weg, weil sie die Thor früher aufmachen, und spätter sperren müssen, welchen Mißbrauch unser Art. abstellet. Aus Ursach, weil dergleichen Leuth wegen dem Thür-Hütten, und wegen Aufmach- und Sperrung der Thor ihren Lohn haben, womit
2. sie zufrieden seyn müssen; Wann aber an einem Ort der Brauch ist, daß dem Pfarr-Helffer, Meßner, wegen dem Wetter-Leuten, denen Schmiden, Baderen, Feld-Hüttern, oder auch den Schörgen und Amt-Leuthen ein Garb gegeben werde, oder wann die Bauern solches freywillig thun, so verwirfft diß der Art. nicht, wann diß nur geschieht ohne Schaden des Zehend-Herrn. Und dahero kommt es, daß im vorgehenden Art. die Schmid und Wagners-Garben abgethan, in disem Art. aber zugelassen werden, weil alldort vom Mißbrauch gehandlet wird, wann die Bauern solche Garben dem Zehend abziehen wollen. Hier aber, wann sie solche ohne Schaden des Zehend-Herrn von ihren 9. Theilen geben wollen, weilen ein jeder von dem seinigen freygebig sein kan.

Der achte Articul.

WJe der Zehend-Herr mit seinem gebührenden Zehend handlet, denselben an Kerner, oder an Gestreu, auf dem Feld oder sonsten verkaufft, verläßt, oder selbs einfänget, darein soll ihme der, so den Zehend gegeben schuldig ist, nichts zureden, noch daran einige Verhinderung zuthun haben, unerachtet er fürgebe, daß man ihm vil Jahr das Gestreu gelassen, und den Zehend verkaufft hätte, dann hierin kein Gewehrschafft, oder Verjährung, wie alt die seye, soll Statt haben.

Summaria.

1. Ob der Zehend-Herr die Zehend-Früchten einem anderen abtretten, oder sein Recht einem anderen überlassen könne?
2. Was zu thun, wann der Zehend-Mann *prætendirt*, daß ihm allzeit der Zehend bey seinem Zehend bahren Hoff-Guth verbliben, ob und was für eine *Præscription* Platz finde?
3. Welche *Actus meræ facultatis* seynd, und ob die Freyheit über den Zehend zu *disponiren*, ein *Actus meræ facultatis* seye?

Ob-

1. Obwohlen gewiß ist, daß der Zehend-Herr den Zehend eigenthumlich, und desselben Dominium nicht erwerbe, wann nicht die Früchten gesamlet, vom Boden abgeschnitten, und übergeben worden, so verordnet doch unser Art. gantz wohl, daß dem Zehend-Herrn kein Hindernuß könne gemacht werden, mit dem Zehenden nach Belieben zu thun, also daß die Zehend-Früchten er entweders im Stadel, oder auf dem Feld, mit oder ohne Stroh dem anderen verkauffen, verstifften, oder selbst einthun kan. Aus Ursach, weilen, obwohlen vor der Absönderung und Einantwortung er das Eigenthum nicht hat, er doch die Obligation und Action zum Zehenden hat, welche er einem jeden auf rechtmässige Weiß abtretten, und sein Recht zu eignen kan, wie an sich selbsten klar ist.

2. Es hinderet auch nichts, wann der Zehend-Mann widersetzt, daß die Zehenden allzeit dem zehendbahren Guth verbliben seyen, weil er das Gestreu für sein Vieh nöthig habe: Dann, weilen diß in dem blossen freyen Willen des Zehend-Herrn gestanden, aus dergleichen auch in 30. und 100. jährigen genossenen freyen Willen aber entspring keine Schuldigkeit, wie der Art. ausdrucklich sagt, daß kein Præscription oder Eviction Platz haben soll.

Welches das, wie wir öffters ausgelegt haben, mit Vernunfft zu verstehen seye, vermeynen, wann nemlich die Sach allzeit im Stand des freyen Willens verbliben ist, dann, wann die Sach so weit gekommen, daß der Zehend-Mann durch sein Contradiction und des Zehend-Herrn erfolgte Gedult und Acquiescenz die quasi possession erlangt, und solche durch rechtmässige Zeit fortgesetzt hat, so scheint nichts abzugehen, daß nicht, wie bey anderen Juribus negativis die Verjährung geschehen könne. Was die Weltliche Zehend-Herrn betrifft, hat die Sach gar keinen Anstand, weilen wir glauben, daß der Art. keinen anderen Verstand habe, als daß er allen Actibus vom freyen Willen herstammend, mag eine Zeit verstreichen, was für eine wolle, keine Krafft und Authoritdt habe zu eignen wollen. Daß aber des Gesatz Absehen gewesen, die rechtmässige mit allen seinen Requisitis und Qualitæten erwiesene Præscription zu verhinderen, das glauben wir gar nicht. Die Actus von 3.
puren freyen Willen aber werden genennt, welche einem dem gemeinen Recht nach, nicht aber aus einem besonderen Recht oder Titul zustehen; dergleichen ist der Gewalt über sein eigne Sach disponiren zu können. Guid. Pap. Decis. 298. per tot. Und also auch über den Zehend disponiren zu können, welcher von Rechtswegen dem Seel-Sorger und Pfarrer, oder in dessen Nahmen einem zugehören, welchem solcher rechtmässig zugekommen ist. Ja wir zweifflen nicht, daß nicht auch, wann eine unfürdenckliche verloffne Zeit erwiesen ist, die Contradiction und des Zehend-Herrn Gedult und Acquiescenz præsumirt werde, weil ein solche Verjährung die Krafft eines Privilegii, Gesatz, und Tituls hat. Covar. in cap. possessor. 4. n. 6. Mynsing. obser. 30. cent. 1. Meoch. lib. 3. præsumpt. 131. vasq. controv. Illust. cap. 81. n. 10. & seqq. Es scheint, daß bey seinem Geistl. Zehend-Herrn das Widerspihl gesagt werden müsse, weilen in Geistlichen Zehend-Sachen alle Præscription gehässig und unerlaubt ist. Weilen aber hier von Verjährung des Zehends-Recht, welches geistlich ist, nicht gehandlet wird, sonder allein von einem weltlichen Recht, von einem Verkauff, Bestand, oder Verdusserung, so geschieht dem Geistlichen Recht unsers Erachtens nichts widriges, wann vilmehr diser, als der andere um das pactirte Geld die Zehend-Früchten bekommt.

Der neunte Articul.

Nachdeme grosser Schaden erfolgt, wann man das Getreyd unzeitig schneid, und ehe dasselbig reiff, in die Felder greifft, so soll man nicht schneiden, bis daß ein jedes Getreyd recht zeitig, und reiff worden, doch wo ein Bauers-Mann so nahend ausgezehrt, daß er kein Speiß im Hauß hätte, und etwann in einem Ort ein Treyd, welches nahend zeitig, schneiden kunte, mag er solches schneiden, doch daß er es dem Zehend-Herrn anzeige, damit er sich hernach des Zehends halben, mit ihme zu vergleichen wisse.

Summaria.

1. Warum dem Bauern verbotten werde, die Sichel in das Getreyd zu setzen, wann die Früchten noch nicht zeitig seynd?

2. Ob der Zehend-Herr schuldig seye, die Zehend-Früchten unzeitig anzunemmen?

Der

1. DEr Art. verbiettet, die Sichel in das Getreyd zu setzen, wann nicht die Früchten zeitig seynd, dann gleichwie dem Bauern selbsten hiedurch grosser Schaden geschieht, also auch ist der Pfarrer, oder ein anderer Zehend-Herr nicht schuldig, dergleichen unzeitige Garben anzunemmen, sonder der Bauer muß ihm wegen des Schadens Satisfaction geben durch gütlichen Verglich, oder durch Obrigkeitlichen Spruch. Wir zwar glauben nicht, daß leichtlich ein Bauer so weit kommen werde, daß er ihm selbsten ohne die gröste Noth solchen Schaden zufüge, weilen jedoch einige so Sorg-loß seynd, daß sie lang vor der Ernd das Ihrige verzöhren, und so schlechtes Credit haben, daß ihnen kein Metzen Korn geborgt wird, disen laßt der Art. aus Erbärmnuß zu, daß sie von dem nahend zeitigen Getreyd zur Hauß-Nothdurfft etwas abschneiden könnnen, also daß deßwegen von der Straff sie frey seynd, wann jedoch die unzeitige Zehend-Garben der Pfarrer oder anderer Zehend-Herr nicht annemmen will so kan 2.
er hierzu nicht genöthiget werden, sonder der Bauer muß demselben andere Satisfaction geben, und anstatt der unreiffen zeitige Garben reichen.

Der zehende Articul.

WEr in denen zehendbarn Brach- und Treyd-Felderen Auffäng macht, und dieselben mit Rueben, Kraut, Brein, Haiden, Flachs, Hanff, Gersten, und dergleichen besaamet, und anbauet, ist derselb von solchem Anbau, es sey was Gewächs es wöll, den Zehend allermassen, wie von dem anderen Anbau des Getreyds, ohn einige Weigerung und Widerred zu geben, und zu reichen schuldig, er kunte dann ein Zehends-Befreyung, wie recht ist, ausführen.

Summaria.

1. Ob aus denen für Rüeben, Kabes, Hanff, oder gelassenen Aeckern der Zehend gegeben werden müsse?
2. In wie vil Gattungen die Bauern die Aecker abtheilen, und was die Auffäng seyen?
3. Ob der Zehend von denen Pflantzen-Früchten müsse gegeben werden, oder auch welche hätten gepflantzt werden können?
4. Ob man auch vom Hopfen den Zehend geben müsse?
5. Was Rechtens, wann der Bauer die Aecker aus Neyd gar nicht angebaut hat, ob der Zehend doch gegeben werden müsse?
6. Ob sich einer in den Auffängen vom Zehend-Reichungen befreye, wann er die Freyheit erweisen kan?

1. DIe Bauern haben im Brauch, daß sie einige Aecker zu Zeiten für andere Früchten zum Exempel für Rueben, Köhl, Kabes, Krauth, Brein, Flachs, Hanff und dergleichen Früchten liegen lassen; Hierüber nun verordnet der Art. daß hievon der Zehend wie von anderen Getreyden gegeben werden müsse. Die Ursach zu zweifflen hat sein können, weil in dem 12. Art. der Kabes, Rueben, Brein, Hanff, Flachs und dergleichen unter die Klein-Zehenden gerechnet werden. Die Klein Zehend aber, wie wir kurtz hernach sehen werden, ist man nicht schuldig, ausser in Orten, wo solche durch Gewohnheit eingeführt worden. Hierauf aber wird geantwortet, daß diser Art. eine besondere Ursach habe, dann wann man schon setzt, daß in disem oder jenem Ort dise Gewohnheit nicht seye, daß die Klein-Zehenden gegeben werden, wann doch solche auf denen Aeckern gepflantzt werden, die mit Getreyd hätten sollen angebauet werden, so muß von solchen der Zehend gegeben werden, weil solche geringere Früchten die Getreyd-Früchten vertretten, damit nicht sonsten in des Bauern Willkur stehe, sich durch Umweg von der Bürde Zehend zu reichen, zu entschitten. Diser Art. ist genommen worden, aus der Lands-Ordnung de An. 1553. tit. 16. art. 4. aus welchem klärer erhellet, was für ein Mißbrauch der Auffäng gewesen.

Kurtz zuvor haben wir gesagt, daß 2.
die Bauern ihre Aecker in 3. Gattungen pflegen abzutheilen, deren eine mit Winter, und die andere mit Sommer-Getreyd besaamt, die dritte aber in der Brach liegen gelassen wird, damit solche künfftiges Jahr fruchtbarer seye, wann nun entweders in die Winter Felder (dann in denen Sommer Felder werden gar selten andere Früchten gefunden, weil die Erden durch die Winter-Früchten vorigen Jahrs zu sehr ausgezogen

gen worden, und dergleichen Früchten, wovon der Art. redet, nicht tragt) oder in den Brach-Felderen solche Früchten gepflantzt werden, welche in disem Art. erzehlt werden, so seynd sie besagter massen von dem Zehend nicht frey. Und dise also mit anderen Früchten besaamte Aecker werden genennt die Auffäng, weilen meistens umzäunt, und mit Spelten, Stauden, Heggen, und dergleichen umfangen werden, damit sie vom Wildbret, welchen disen mehr als anderen Früchten nachgehen, und auch in den Brach-Feld, worein das Vieh auf die Weyd getrieben wird, vom Abfressen desto sicherer seyen. Ja es gibt einige Bauern, welche dergleichen eingefangene Aecker in einigen Orten beständig haben, welche mit anderen mit Winter-Frucht besaamten Aeckern vermischt seynd, und unser Art. verordnet, daß von disen allen wie von anderen Getreyd der Zehend gegeben werden müsse. Die Ursach ist in der alten Lands-Ordnung enthalten, damit nicht die Bauern sich durch Veränderung des Bauens von Zehend-Reichung entschitten können. Wo zu mercken, daß auch in beyden Articln der neu- und alten Verordnung von der Gersten Meldung geschehe. Dann es ist bekannt, daß die Bauern in die Brach-Felder, welche zur Winter-Frucht gewidmet seynd, Lein säen, welche, weilen durch den Flachs sehr ausgesaugt werden, zur Winter-Frucht nicht mehr tauglich seynd, und dahero sie in nachfolgenden Sommer meistens mit Gersten angebaut werden, und deßwegen thut auch der Art. von der Gersten sonderlich Melden, von welcher Sommer-Gersten sowohl, als auch vom anderen Winter-Getreyd der Zehend gegeben werden muß. Dann die Qualität der Früchten keinen Ausnahm vom Zehend macht.

3. Aus welchem doch zu notiren ist, daß ein Bauer, der dergleichen eingefangene Aecker hat, und die Bauung der Winter-Früchten unterlaßt, nicht könne angehalten werden den Zehend an Winter-Frucht zu geben, sonder der Zehend-Herr muß zufrieden seyn, wann er den Zehend von denen allda gebauten Früchten reicht. Aus Ursach, weilen die Zehend eine Bürde der Früchten seynd, und also von Früchten gegeben werden muß, welche gebaut worden, und nicht, welche hätten gebaut werden können. Dann in des Herrn Willen stehet, daß er seinen Grund nach seinen Belieben, wie er will, brauchen kan. Und dahero kan er den Acker zum Wein-Garten, und hingegen den Wein-Garten zum Acker, die Wiesen zu Rabes oder Kraut-Strangen, oder hingegen die Kraut-Strangen zur Wiesen machen, wann nur allzeit von solchen Früchten, welche nach Gefallen des Herrn gebaut werden, der völlige Zehend gereicht wird, weil der Grund, der einmahl Zehenbar ist, davon nicht mehr kan befreyet werden. Communiter DD. ad cap. commissum. 4. X. de decim. vid. tamen semicent. 2. controv. 29. Wo wir einen Casum gesetzt haben, da ein Treyd-Acker in einen Hopfen-Garten verändert worden, mit dem Beysatz, daß der Hopfen Zehend nicht zu reichen sey, weilen durch allgemeine Gewohnheit des Vatterlands vom Hopfen niemahlen der Zehend gegeben worden. Weilen nun der Zehend ein Bürde der Früchten und nicht der Grund-Stucken ist, so scheinet, es seye die Folg, daß die Zehend-Bürde weiche, wann Früchten gebaut werden, von welchen nach Gewohnheit des Vatterlands kein Zehend gegeben wird. 4.

Was ist aber Rechtens, wann der Herr die Aecker gar nicht anbauet? Und wir antworten mit dem in bemelter controv. 29. citirten P. Pirhing, daß, wo keine Früchten seynd, allda auch kein Zehend sey, dann was nicht ist, kan mit Zehend nicht belegt werden. Dises doch thut die alte Lands-Ordnung von An. 1553. lib. 4. tit. 16. also mercklich milderen, wann nicht der Herr den Bau pur aus Neyd zum Schaden des Zehend-Herrn boßhafft unterlaßt, dann solchen Falls muß er von der Obrigkeit zum Bauen angehalten werden. Und obwohlen von diser Verordnung in unsern neuen Statuten nichts zu finden, so zweifflet doch niemand, daß solche nicht vernünfftig und Christlich seye; Weil auch nichts von einer Correction zu finden, so sagen wir gantz recht, was nicht abgändert wird, daß muß ste, sten bleiben. Wir glauben aber, daß niemand einen so unsinnigen Neyd haben werde, daß er 9. Theil werde dahinden lassen, allein, damit der andere den Zehend nicht bekomme. 5.

Letztlich setzt der Art. bey, daß von denen Früchten, welche in dergleichen Auffäng gebauet werden, besagter massen der Zehend müsse gereicht werden, wann nicht die rechtmässige Befreyung davon erwiesen werden kan. Dann obwohlen die Zehend-Reichung von dergleichen in denen Auffängen gepflantzten Früchten dem Bauern von darumen aufgebürdet wird, weilen sie die Stell der Getreyd-Früchten vertretten, und in des Bauerns Gewalt nicht stehen soll, da er andere Früchten bauet, sich von der Zehend-Reichung zu befreyen. Doch wann der Bauer seyn Freyheit rechtmässig erweisen kan, so muß die Præsumption der Warheit weichen, welche Ur- 6.

Ursach zu diser Verordnung gewesen, damit nemlich nicht in des Bauerns Gewalt stehe, durch Aufrichtung sothaner Auffäng den Zehend-Herrn um sein Recht zu bringen. Wie aber dergleichen Freyheit zu probiren seye, werden wir in nachfolgenden sagen.

Der eilffte Articul.

Wann ein Zehend-Herr den kleinen Zehend nirgend dann allein in den Gärten hat, so soll ihme der Zehend, von allerley darinn gebauten Früchten, wann es gleich schwer Getreyd wäre, folgen und zustehn, hingegen wann gleich im Feld Kraut, Rueben, und anderes zum kleinen Zehend gehörig, gebauet wurde, soll der Zehend dem folgen, welcher den grossen Zehend hat. Hätte aber der Zehend-Herr des kleinen Zehends, solchen nicht nur in den Gärten, sondern auch ausserhalb in den Feldern zu fangen, soll ihme gleichwohl der Zehend von allen Früchten in den Gärten folgen, aber auf dem Feld soll er den kleinen Zehend, zu verstehen von den Früchten, die nach Innhalt des folgenden zwölfften Articuls, zum kleinen Zehend gehörig, allein auf einer halben Juchart Ackers, bey jedem Mayr haben, das übrig deme folgen, welchem der Groß-Zehend gehörig ist.

Summaria.

1. Welcher Gestalten das Zehend-Recht Unterschiedlichen und auf zerschiedene Weiß zustehen könne?
2. Was Rechtens, wann einer das Recht in Gärten den Klein-Zehend zu nemmen hat, ob er berechtiget sey den Zehend zu nemmen von allen deme, was darinn gebaut wird?
3. Ob der Zehend-Herr über die Garten-Früchten auch die Klein-Zehend habe von denen Früchten, die auf dem Feld gebauet werden?
4. Wann einer die Klein-Zehend nicht allein aus denen Gärten, sondern auch auf dem Feld hat, wie vil er geniessen könne?
5. Wann einer von Errichtung der Bayerischen *Statuten* das Recht die Klein-Zehenden zu nemmen ohne Abbruch erlangt hat, ob ihme durch disen Titul an seinem erlangten Recht etwas benommen werde?
6. Was für eine *Observanz* und *Præscription* gewesen seyn müsse von Errichtung der neuen *Statuten*?
7. Ob die Ansetzung des halben Jucharts zu verstehen seye, sowohl von gantzen als halben Bauern?
8. Ob der Weltliche Gesatz-Geber solches *Statutum* und Ansetzung habe machen können?
9. Wann einer Zehend-Herr ist in Wein-Gärten und der ander an Getreyd, die Aecker aber in Wein-Gärten, und die Wein-Gärten in Aecker verandert werden, ob eines Zehend-Herrns Recht dem andere zufalle?
10. Was ist aber Rechtens, wann durch solche Veränderung des Orts Pfarrern die Unterhaltung geschmälert wird, ob nicht der Mit-Zehend-Herr einen Ersatz thun müsse?
11. Ob diser Ersatz auch Platz habe bey denen Weltlichen Zehend-Herrn?
12. Wann die Bauern den Acker-Bau verändert haben, und anstatt des rauchen Getreyd glattes gebauet, ob dem Pfarrer der Zehend gebühre?
13. Wann die Zehend an zerschiedenen Orten zerschiedenen Zehend-Herrn gehörig ist, wer anfangen soll, den Zehend zu nemmen.

1. Gar offt geschieht es, daß das Zehend-Recht in einem Ort Unterschiedlichen zugehörig seye, und dises auch unterschiedlich. Dann zu Zeiten der Groß-Zehend einem, der Klein-Zehend aber dem anderen zugehört, und zwar zu Zeiten völlig in dem gantzen Bezirck, zu Zeiten aber nur an gewissen Orten, zum Exempel nur in Gärten, zu Zeiten haben mehrere Zehend-Herrn sowohl den Groß- als Klein-Zehenden in gleiche Theil miteinander, zu Zeiten aber ungleich, zum Exempel, einer ein und der andere 2. Drittel, unter welchen offt Stritt entstehen, welchen diser Art. begegnen will. Die Sach wird klärer werden, wann wir alle Casus setzen, und denenselben unsere Meynung beyrucken.

2. Der erste Casus ist, wann einer das Zehend-Recht nur in denen Gärten hat, alsdann hat er Krafft dises Art. das Recht allen Zehend zu nemmen von deme, was in den Gärten gebauet wird. Aus jenem, was nach unsers Vatterlands alten Gewohnheit observirt worden, scheinet uns gar gewiß zu seyn, daß vor altem die Früchten, welche unter die kleinen Zehenden gezehlt werden, anderst nicht als in denen nahe bey denen Häußern gelegenen

Gärten gebaut worden, dann es ist nicht nöthig, daß alle Gärten Baum-Gärten seynd, sondern gibt die mehreste Kuchel-Gärten, wo allerhand Früchten, Kräuter, Bonen, Salath, Rüeb, Redich und dergleichen mehr gepflantzt werden, welche Früchten eigentlich die kleine genennt werden, also daß ein solcher, der die Zehend aus denen Gärten hat, eigentlich ein Zehend-Herr nicht kan genennt werden, sondern nur der klein Zehend-Herr, wie ihne die Bauern nennen: Und von disen kleinen Früchten kan auf die grossere kein Schluß gefaßt werden; Unterdessen verordnet unser Art. daß, wann die Bauern den Acker-Bau änderen, und in denen Gärten anstatt geringer, gute Getreyd-Früchten baueten, denen Zehend-Herrn, so in denen Gärten das Zehend-Recht haben, auch von denen besseren Früchten der Zehend gebühre, die Ursach ist, welche wir oben schon angeführt haben, weilen in eines halßstärrigen Bauerns Freyheit nicht stehen soll, daß er dem Zehend-Herrn sein Recht bekräncken könne. Es vertritt also der Zehendbare Getreyd, die Stell der bißhero zu pflantzen gewohnten Garten-Waar. Lese die controv. 30. in semicent. nost. 2. Wo weitläuffig ausgeführt worden, ob jener, der zuvor aus einem Garten eines Unterthanen das Recht hatte, den halben Theil von des Garten Früchten wegzunemmen, auch die Helffte der Früchten begehren könne, wann die Bauern nach ausgereitteten Bäumen die Gärten zu Aecker machen? Bey denen Zehenden laßt unser Art. dises sonderheitlich zu, welches ermeldte unsere Meynung in gedachten controv. 30. stattlich bekräfftiget: Wo doch wir notirt haben, daß mehrers zu beobachten sey, wohin wir den Leser anweisen. Weilen aber sehr vil Gattungen der Früchten, so unter die geringere gezehlt werden, jetziger Zeit nicht mehr in denen Gärten gebaut werden, sondern auf denen Aeckern unter dem Getreyd als Kraut, Rueben, Flachs, Hanff, Brein, und dergleichen geringe Frücht, dahero entspringt.

3. Der andere Casus, ob der Zehend-Herr über die Gärten-Früchten den Zehend begehren könne von disen auf dem Feld gebauten geringen Früchten? Und unser Art. antwortet mit Nein; Die Ursach haben wir schon oben beygebracht, weilen auf dem Feld die geringere Früchten die Stell der Getreyd-Früchten vertretten. Müssen also von solchen die Zehend gegeben werden jenem, der groß Zehend-Herr ist: Beyderseits aus gleichem Recht, dann gleich wie der Garten Zehend-Herr in denen Gärten die Groß-Zehend beziehet, also auch bezieht der Groß-Zehend Herr auch die Klein-Zehenden, so auf dem Feld wachßt: In Ober-Lands Bayrn massen sich die Pfarrer das Recht an, die Weltliche Mit-Zehend-Herrn in einigen Orten (die Painden genannt) von der Mit-Beziehung des Zehends auszuschliessen, weilen solche vor altem das Garten-Recht gehabt haben, welches, weilen sie nicht probiren können, so lassen sie meistens die Weltliche Mit-Zehend-Herr zu gleichen Theil zum Zehend zwar zu, bedingen aber ihnen etwas an Geld zum Vorans für sich, welches sie ein Vorthel-Geld nennen, dessen Auslegung ich öffters von meinen Pfarrern verlangt, hab aber gefunden, daß sie selbsten diß Falls nichts gewußt, und weilen von alten hero man Geld zu geben gepflogen hat, so wird solches um so lieber bezahlt, weil ich gewußt hab, daß die Geistliche also beschaffen, daß sie allzeit etwas besonders zum Vorthel haben wollen.

4. Der dritte Casus ist, wann einer den Klein-Zehend nicht allein aus denen Gärten, sondern auch von denen Aeckeren bezogen hat: Dann solchen Falls sagt der Art., soll er mehr nicht als von einem halben Juchart eines jeden Bauerns den Klein-Zehend beziehen, den Rest aber jenem Zehend-Herrn überlassen, dem an solchen Ort der Groß-Zehend zugehört, die Ursach diser Verordnung ist, welche wir kurtz zuvor angezeigt haben, weilen der Ordinari-Ort zu Pflantzung der geringeren Früchten, deren Zehend der Klein-Zehend genennt wird, Hauß-und Kuchel-Früchten seynd; Damit aber die grosse Zehend-Herrn nicht beschwert werden, wann ihnen aller Klein-Zehend, so auf dem Feld in Aeckern wachßt, entzogen wird, so hat der Durchleuchtigiste Gesatz-Geber verordnet, daß der Zehend-Herr, dem die Klein-Zehend zugehören, mit Beziehung des Zehends vom halben Juchart von jedem Bauern zu frieden seyn müsse, die übrige Zehend aber dem Zehend-Herrn überlassen solle, der den Zehend gehabt hätte, wann die Aecker mit Getreyd wären gebaut worden. Es hatte zwar der Gesatz-Geber glathin verordnen können, daß alle Bauern mehr nicht als ein halbe Juchart Ackers zu Bauung geringerer Früchten nemmen sollen, die übrige aber in Gärten, wie vor altem der Brauch ware, pflantzeten, diß doch ist von darumen nicht geschehen, weilen mehrere Bauern entweders kein oder gar enge Gärten haben, daß sie dergleichen geringere Früchten, welche sie doch nicht entrathen können, zur jährlichen Hauß-Nothdurfft ihnen beyschaffen können, und also nöthig ist, daß sie die Felder angreiffen. Gewiß man sieht mehrers daß die Bautrn die Gärten mit Getreyd

Getreyd besaamen, als die Aecker mit geringeren Früchten anbauen, welches ein Zeichen ist, daß sie allzeit auf grösseren Gewinn sehen, welcher ihnen auch nicht zu beneyden ist, wann sie solchen mehrers aus denen Gärten als denen Aeckern, oder hingegen mehrers aus Aeckern als Gärten haben können, dann ein jeder kan sein Sach nach Belieben gebrauchen, wann er nur den Zehend liegen laßt, dem er von Rechts wegen gebührt.

Doch ist sonderheitlich zu mercken, daß unser Art. vom Klein-Zehend-Herrn rede, der berechtiget ist die Zehend in Gärten und Feldern zu sammlen, welches fremd zu seyn anscheinen kan, dann wann er das Recht hat den Klein-Zehend auch auf dem Feld zu sammlen, wie kan ihm sein Recht benommen, oder auf ein halbes Juchart eingeschränckt werden? Und wir antworten, daß unser Art. præsupponire, daß einer das Recht auf dem Feld und in Gärten den Klein-Zehend zu nemmen nur in genere habe. Damit er nun seine General-Erlaubnuß zu Schaden des ordinari Zehend-Herrns nicht extendire, hat der Art. eine Arth gesetzt, damit kein Klag Platz finde, welches in der That nicht heißt, dem anderen sein Recht benemmen, sondern nur Schrancken setzen, über welche man nicht gehen soll.

5. Was ist aber Rechtens, wann einer das Recht die Klein-Zehend in Feld- und Garten-Früchten zu nemmen ohne Abbruch oder Einschranckung erlangt hat, muß er wohl nichts destoweniger mit der halben Juchart Zehend zu frieden seyn? Es scheint es seye mit Ja zu antworten, weil der Art. ausdrucklich von dem Recht, welches der andere erlangt hat, redet, welchen der Zehend-Herr nicht allein in den Gärten, sondern auch in Feldern zu finden hat. Welche Wort nicht den blossen Brauch, sondern das wahre Recht zum gebrauchen andeuten, als wann gleichsam das Gesatz, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, den Excess abbringete, wann solcher von alten Zeiten hero wider die in disem Art. gemachte Determination sich extendirt, weilen aber der Lands-Fürst niemahlen erachtet wird, daß er jemand sein erlangtes Recht nemmen wolle, so vermeynen wir, daß, wann einer die Klein-Zehenden vor Errichtung unserer Land-Recht nicht allein in Gärten, sondern auch in Wiesen, und zwar in allen Aeckern ohne Ansehung der in disem Art. gemachten Einschranckung auf ein halbe Juchart in rechter Zeit erworben hat, einem solchen, ohneracht dises Art. daß zuvor rechtmässig erlangte Recht durch disen unsern Art. nicht hab benommen werden können. Aus Ursach, weilen die neue Gesatz die vorbey gangene Casus nicht binden, sondern nur die künfftige, wie wir bey dem letzten Titul der Land-Recht sehen werden. Aber von diser auf ein halbe Juchart beschehnen Einschranckung ist in unsern älteren Statuten nichts zu finden. Also, was gantz neuerlich verordnet worden, daß kan jenem nicht schaden, welcher solches Recht zuvor rechtmässig erlangt hat.

Wann man weiters fragt, was aber um ein solches Recht zu erlangen für ein Gebrauch und Observanz vor Errichtung der neuen Statuten nöthig gewesen seye? Wir vermeynen, es sey ein Unterschied zu machen, dann entweders ist der Stritt zwischen dem Pfarrer, der den Groß-Zehend hat, und zwischen einem Weltlichen, der den Klein-Zehend hat; In solchen Fall weilen schon Krafft der älteren Statuten nemlich der Lands-Ordnung de Anno 1553. lib. 4. tit. 16. art. 6. Die Klein-Zehend an Orten, wo sie unter schweren Getreyd gewachsen, gesagt werden, daß sie die Stell der Groß-Zehend vertretten, ist kaum zu zweifflen, daß nicht ein unfürdenckliche Præscription wider den Pfarrer, der dem gemeinen Recht nach für sich die Præsumption hat, nöthig gewesen; Wann aber die Groß-Zehend Weltlich gewesen, obwohlen vorbemeldter Art. dem Weltlichen sowohl als dem Geistlichen Zehend-Herr in disem geneigt ist, daß die Klein-Zehend, so unter das Getreyd gepflantzt worden, in die Stell der Groß-Zehend eintretten, daß doch das Widerspihl mit einer ordinari Præscription hat können erworben werden; Die Ursach ist, weilen in vorigen Casu die dem Pfarrer gehörige Zehenden Geistlich seynd, und also vom Weltlichen nicht besessen noch præscribirt werden können, ausser in unfürdencklicher Zeit, welche anstatt des vor dem Lateranensischen Concilio erworbenen Tituls ist. Aber in dem anderen Casu wird von einer pur Weltlichen Sach gehandlet, also solche zu erwerben nur ein ordinari Præscription nöthig ist. Wovon kurtz hernach mehrers folgen wird. 6.

Welcher Gestalten aber seynd die Wort unsers Art. zu verstehen, daß ein solcher Zehend-Herr, der auch das Zehend-Recht von minderen Früchten auf den Feldern erlangt hat, den Zehend bey einem jeden Mayr, allein von einem halben Juchart nemmen könne, ist dann unter ihnen kein Unterschied zu machen, welche einen gantzen, und welche nur einen halben Hoff, oder nur einen viertel Hoff haben, wovon wir schon oben geredt haben? Dann 7.

weilen

weilen ein gantzer Bauer mehr Leuth braucht, und also mehr an geringen Früchten bauet, so scheint, daß die Proportion haben wolle, daß jener, der die Aecker mit solchen Früchten belegt, auch dem Klein-Zehend-Herr um mehr verbunden seye, als ein anderer, der für seine Leuth so vil geringe Früchten nicht braucht. Aber der Art. haltet das Widerspihl, weil dessen Verordnung keinen Unterschied unter denen Bauern, und ihren Güthern macht, ob sie klein oder groß, gantze oder halbe, oder noch geringere Höff seynd, weilen ein halbe Juchart glathin auf jeden Bauern angesetzt wird, und weilen dise Ansetzung allein den Groß- und Klein-Zehend-Herrn betrifft, so haben die Bauern nichts sich zu beklagen, weilen ihnen nichts daran liegt, wer den Zehend beziehe der Groß- oder Klein-Zehend-Herr, weil sie den gantzen Zehenden geben müssen.

8. Ein andere Frag wäre, ob der Weltliche Gesatz-Geber sich hier habe einmischen, und wenigist dem kleinen Zehend-Herrn den Zehenden von einem halben Juchart einraumen können, weil hiervon in denen älteren Statuten nichts verordnetes zu finden ist? Wann geneigter Leser dir meine General-Antwort, so zu Anfang dises Tituls gesetzt worden, nicht genug thut, so lasse weiters zu überlegen über, daß dise Decision für die Groß-Zehend-Herrn, welche meistens die Pfarrer seynd, so favorable uns anscheine, daß wir glauben, es werde keiner seyn, der sich darüber beschweren kan, die Weltliche Zehend-Herrn aber seynd zu Haltung des Gesatz verbunden, weil supponirt wird, daß die Zehend Weltlich seyen, und nicht minder als andere Weltliche Güther Weltlicher Jurisdiction unterworffen seyn.

9. Der vierte Casus ist, der sich offt zutrag, daß ein Zehend-Herr zum Exempel die Zehend von Getreyd, ein anderer aber von Wein. Ist also die Frag, wann die Unterthanen den Acker-Bau änderen, und aus dem Wein-Garten Aecker machen, oder aus denen Aeckern Wein-Gärten machen, ob auch das Recht eines Zehends-Herrn dem anderen zufalle? Und wir vermeynen, es sey ein Unterschied zu machen, ob ein oder des anderen Zehend-Herrns Recht gewissen Grund-Stucken anklebe, welchen Falls, es mag der Acker-Bau verändert werden, wie er will, muß allzeit jenem der Zehend gegeben werden, der in solchen Grund-Stucken das anklebende Zehend-Recht hat, von allen Früchten, welche allda wachsen. Hostiens. in cap. tua. in fin. X. de decim. Petr. de Anch. in cap. cùm contingat. in fin. X. eod. Rebuff. de decim. quæst. 6. in fin. Ant. de Putr. & alii in cap. commissum X. eod. Ein anderes ist, wann das Zehend-Recht nicht in gewissen Grund-Stucken, sondern in gewisser Gattung der Früchten, welche an solchem Ort wachsen, bestehet, dann solchen Falls kan die Veränderung des Acker-Baus einem aus denen Zehend-Herrn etwas benemmen, und dem anderen zulegen. Nach Lehr der erst citirten DD. Und diß ist in so weit wahr, daß denen Unterthanen nicht können verbotten werden, den Acker-Bau nach Belieben zu veränderen, die Ursach haben wir schon oben gegeben, weil sie über ihre Grund-Güther Herrn seynd, und also solche nach Belieben frey nutzen und brauchen können.

Doch setzt Nicol. Eberhard Jun. vol. 1. cons. 46. eine merckwürdige Exception bey, wann nemlich durch Abänderung des Acker-Baus des Orts Pfarrern als einem aus denen Mit-Zehend-Herrn der gebührende Unterhalt abmanglete. Zum Exempel, der Pfarrer hat das Zehend-Recht vom Getreyd, ein anderer aber vom Wein, die Bauern aber verkehren den Acker, in Wein-Bau, also daß der Pfarrer seinen nöthigen Unterhalt nicht hat; Dann in disem Fall ist der Zehend-Herr schuldig, nach Meynung des Eberhardi und anderer alldort allegirter DD. Dem Pfarrer einen Ersatz, nach Ermässigung des Orts Bischoffen zu thun, aus Ursach, weilen die Pfarrliche Zehend, so weit sie den nöthigen Unterhalt des Pfarrers betreffen, Göttlichen Rechtens seynd. 10.

Wann man einwendet, es erhelle nicht warum der Mit-Zehend-Herr vilmehr den Abgang des nöthigen Unterhalts ersetzen soll, als die gantze Pfarr-Gemeind? So antworten wir, wann die Treyd-Zehend, so weit sie den Unterhalt des Pfarrers betreffen, Göttlichen Rechtens seynd, so geziemt sich, daß sie ohnveränderlich seyn, oder gewiß der Mit-Zehend-Herr schuldig sey, daß, weilen ihm wegen abgeänderten Acker-Bau der Zehend zufallt, ihme auch die Bürde des Pfarrlichen Unterhalts zufalle, welcher dem Göttlichen Recht nach dem Pfarrer gebührt.

Was ist aber Rechtens, wann wir setzen, daß jeder der Zehend-Herrn des Getreyds, und des Weins, Weltlich sey, ist wohl solcher, nachdem der Acker-Bau geändert worden, dem anderen Mit-Zehend-Herrn einen Ersatz zu thun schuldig? Und wir vermeynen, Nein. Dann wann nach Meynung der vorbemeldten DD. solcher Ersatz so gar dem Pfarrer nicht gebührt, wann er sonst seinen nöthigen Unterhalt hat, so ist man um so weniger einem Weltlichen Mit-Zehend-Herrn 11.

Herrn einen Ersatz schuldig, wann schon dessen Unterhalt geschmälert wird, weil solcher nicht Göttlichen Rechtens ist, noch auch einige des Mit-Zehends-Herrn Schuldigkeit aus einem Contract, vel quasi, aus einem Delicto, vel quasi oder aus einer anderen Ursach nach sich zieht, sondern es ist gleichsam ein Casus fortuitus, welcher gleichmässig den Mit-Zehend-Herrn hätte betreffen können. Wann die Bauern den Wein-Garten zu Acker gemacht hätten.

Man wird sagen, daß wir kurtz zuvor bey dem 3. Casu gesagt haben, daß der Klein-Zehend-Herr, obwohlen er solches Recht nicht in blossen Gärten, oder gewissen Grund-Stucken, sondern in allen geringen Früchten, sie mögen wachsen, wo sie wollen, habe, dessen sich doch nicht bedienen könne, ausser nur in einer halben Juchart von jedem Bauern, damit nicht dem Groß-Zehend-Herrn sein Recht zu sehr geschmälert werde, scheint also daß eben diß zu sagen seye in dem vorgemeldtem Casu, wo der Zehend einer gewissen Gattung der Früchten anklebet. Wir aber antworten, daß wir jenes, was der vorgehende Art. verordnet hat von denen geringeren Früchten, auf die grosse Früchten zu erstrecken uns nicht getraut haben: Aus Ursach, weilen die Verordnung von kleinen Früchten Juris correctoria, mithin gehässig ist. Hernach hat der Groß-Zehend-Herr ein stärckeres Recht, als der Klein-Zehend-Herr: In gegenwärtigen Casu aber kommen zwey grosse Zehend-Herrn zusammen, also was zu Favor des Groß-Zehend-Herrn wider den Klein-Zehend-Herrn zugelassen worden, das muß nicht zur Folg wider den Groß-Zehend-Herrn, dergleichen Rechtens ist, gezogen werden. Endlich 3. haben wir sonderheitlich notirt, daß die Anbauung geringeren Früchten auf denen Feldern gehässig sey, weil vor altem solch nur in Gärten geschehen, und deßwegen löblich verordnet worden ist, daß der Klein-Zehend-Herr mit denen Früchten ab einer halben Juchart zu frieden seyn, die übrige auf den Feldern gepflantzte Klein-Zehenden aber in die Stell der Groß-Zehenden eintretten müssen: Aber in dem gesetzten Casu seynd die Wein-Zehend eben so favorabel wie die Treyd-Zehend, und wird nirgend in unsern Land-Rechten verordnet gefunden, daß die Wein-Zehend müssen die Stell der Getreyd-Zehenden vertretten, oder die Treyd-Zehenden die Wein-Zehenden. Verbleiben also jenem, dem sie nach jedes Orts Gewohnheit gebühren, welche Gewohnheit nicht auf gewisse Gründ, sondern auf eine gewisse Gattung der Früchten angebunden ist.

12. Den fünfften und gleichen Casum setzt Eberhard. loc. cit. daß nemlich ein Pfarrer die Zehend gehabt hab, vom rauchen Getreyd, dergleichen seynd Dünckel, Gersten, und Haaber; Von der anderen Gattung aber als vom glatten Treyd, Waitzen und Roggen die Weltliche vor altem die Zehend genommen haben. Nun entstunde die Frag, ob, wann die Bauern den Acker-Bau verändert, und anstatt des rauchen, oder spiessigen, ein glates Getreyd gebaut haben, ob sie dem Pfarrer den Zehend geben müssen? Welche Frag zwar die Bauern nicht angehet, weil sie mit Auswerffung des zehenden Theils oder zehenden Garb ihrer Schuldigkeit genug thun, und die Sorg denen Zehend-Nemmern überlassen, wer aus ihnen solche Garben sammlen könne, absonderlich wann die Gewohnheit ist, wie sie fast überall obwaltet, daß die Zehend auf dem Feld gegeben werden. Und obwohlen D. Eberhard. für den Pfarrer ist, wie die Berathschlagte in Brauch haben, so kan er doch nicht laugnen, daß diser Unterschied zu machen seye, ob das Zehend-Recht, was dise streittende Zehend-Herrn betrifft, gewissen Gründen anklebe, oder einer gewissen Gattung der Früchten, wo in disem letzteren Casu dem Pfarrer er die Zehenden nicht hat zusprechen können, ausser in so weit als ihme die congrua Sustentatio ermanglet.

Diser Casus ist sehr merckwürdig für unser Vatterland, dann von jener Zeit, da das Bier-Sieden von Waitzen angefangen worden, welches das weisse Waitzen-Bier genennt wird, ist das vorhin in Schwung gegangene braune Gersten- oder Haaber-Bier also in Abgang gekommen, daß kaum der dritte Theil als zuvor angebracht, und verschlissen werden kan. Da so gar auch die gemeine Leuth das bessere Bier zu trincken pflegen. Dahero kommt es, daß die Bauern auf fruchtbaren Böden lauter Waitzen bauen, welcher kostbarer ist, Dünckel, Gersten, und Haaber aber schier gar auslassen, und hievon so wenig säen, daß sie kaum zum täglichen Hauß-Brod, noch weniger zur Gült genug haben. Ich bin einstens angestanden, ob ich nicht berechtiget seye, für Dünckel Waitzen zu begehren, weilen zur Zeit des Contractus emphyteutici man wegen Waitzen Gült-Liefferung nicht hat über eins kommen können, weilen nemlich entweder kein oder nur ein weniger Waitzen gebauet wurde, weilen aber man bey Contract bleiben muß, so hab ich vermeynt, daß wegen diser Ursach allein abzuweichen nicht erlaubt seye. Unterdessen, weilen dise abgetriebne schlawche Leuth schier alle Jahr mit zu Zeiten auch

auch erkaufften schlechtisten Dünckel geliefsert, oder die Gült mit Geld nach dem geringsten Schrannen-Preiß bezahlt haben, so hab ich dises Mittel erdacht, daß ich ihnen bedrohete, ich wolle sie von denen Güthern wegschicken (dann es waren alle nur veranleite Frey-Stiffter) welches, ob von Rechts wegen erlaubt seye, ist kein Zweiffel, weil ein solcher Besitzer præstitis præstandis auch ohne Ursach davon gejagt werden kan, welche Bedrohung sie in Gehorsam erhaltet, daß sie mir nach Recht Satisfaction geben, weil sie wissen, daß ich leicht andere Unterthanen bekommen kan, welche für jedes Schaff Dünckel ein Schaff Waitzen gern zur Gült geben.

13. Der 6. Casus ist, wann die Zehend mit unterschiedlichen Portionen unterschiedlichen Zehend-Herrn gehörig seynd, welches in unsern Vatterland offt anzutreffen ist; In einem Ort gebühret mir vom Zehend ein Drittel, und zwey Drittel dem Pfarrer, in anderen Orten stehen mir zwey Drittel, und dem Pfarrer nur ein Drittel zu, bey Einsammlung der Zehend kommen wir gütlich aus, wann nur denen Pfarrern ihr Vorthel bezahlt wird, dessen Ursprung doch sie nicht sagen, noch erweisen können, welches ich bißhero als eine alte Sach aus Respect gegen die Geistlichkeit genau beobachtet hab. Mein Vorfahrer hat in einem diser Orten mit dem Pfarrer, wie mich gedunckt, einen ungeschickten Stritt gehabt, wer aus beyden Zehend-Herrn der Weltliche oder Geistliche den Zehend zu nemmen anfangen solle; Dann mein Vorfahrer hat den Vorrang begehrt, weil er zwey Drittel vom Zehend, der Pfarrer nur ein Drittel hatte; Mein Weltlicher Vorfahrer hat sein Begehren gegründet in dem mehreren Theil der Zehenden, der Pfarrer aber im Pfarrlichen Vorrang; Deme ich gleich, so bald ich solchen Ort bekommen hab, gewichen, weil ich gesehen, daß diser Stritt allein deßwegen entstanden, weil die Unterthanen die Auszehlung der Zehend-Garben von einem Ort zum anderen nicht zulassen, welchen Mißbrauch, welcher unsern Land-Rechten besagter massen zuwider ist, ich aufgehebt, und also mir und dem Pfarrer vollständige Satisfaction gegeben hab, ich hab auch nicht der Mühe werth zu seyn erachtet, daß mich wegen ein oder anderer Garb mit dem Seel-Sorger streitten solle.

Der zwölffte Articul.

Zu dem kleinen Zehend gehören Kraut, Rueben, Flachs, Hanff, Brein, und dergleichen geringe Frücht. Auch der Obst-und Blut-Zehend: Aber Arbeiß, Haidel-Brein Bonen und Linsen sollen zum Getreyd, als zu dem grossen Zehend gerechnet werden, es wäre dann an einem oder andern Ort ein anders, wie Recht ist, Herkommen, soll es darbey bleiben.

Summaria.

1. In disem Art. werden die Gattungen der geringeren Früchten erzehlt, welche nur Klein-Zehend seynd, als Kraut, Rueben, Flachs, Hanff, Brein etc. der Art. setzt bey, und dergleichen geringe Früchten: Und unter dise gehören auch die Baum-und Höcken-Früchten, als da seynd die Aepfel, Birn, Cösten, Kersch, Kitten und dergleichen unzahlbar. Endlich auch der Blut-Zehend. Aber die Bonnen, Arbeiß, Linsen, und der Haidel-Brein werden unter der Groß-Zehenden gerechnet; Und gantz recht, weil sie schier überall auf denen Feldern unter dem schweren Winter-und Sommer-Getreyd gepflantzt werden, daß sie also billig mit disen auch in Zehend genommen werden. Doch wird zu End des Art. beygesetzt, wann nicht ein und anderen Orts ein anders, wie Recht ist, Herkommen. Dann gleichwie fast bey allen Rechten durch die Gewohnen der Orten dem gemeinen Recht abgebrochen wird, also geschieht auch in Zehend-Sachen, wobey auf die Gewohnheiten gesehen wird, es mag immer was anderes in gemeinen Rechten verordnet seyn. Cap. cùm sint. & cap.

cap. ad Apostolicæ X. de decimis. Hierüber gibt die Summa Sylvestri in vers. decima n. 14. vil Exempel, und macht weitläuffige Prob August. Bero in conſ. 19. n. 3. vol. 1. daß die Gewohnheit bey denen Zehenden sehr vil gelte, und ausmache. vid. Everhard. loc. cit. n. 3.

Wann die Groß- und Klein-Zehenden einem Zehend-Herrn zugehören, so bringt diser Art. nicht vil Nutzens mit sich, weil, wie oben gesagt worden, zu denen Güther-Zehenden alle Früchten, so die Erden tragt, gehörig seynd. Weilen aber hier der Art. præsupponirt, daß zerschiedene Zehend-Herrn seyen, deren einer den Groß und der andere den Klein-Zehend hat, so ist nöthig gewesen, eine Specification zu machen, welche Früchten zum grossen, und welche zum kleinen Zehend gehören, welcher so genau nicht anzuhangen ist, weil die Clausel beygesetzt worden, Und dergleichen geringe Frucht. So durch Ermässigung jedes Richters für gute oder schlechte Fruchten erkennt werden. Meistens seynd zwey Zeichen solches zu erkönnen, dann wann die Früchten aus dem Land unter anderen Getreyderen wachsen, werden sie unter die Getreyd-Früchten gezehlt, so dem Groß-Zehend unterworffen seynd; wann sie aber in denen Gärten mit dem Graß und anderen Wurtzel-Kreiteren wachsen, werden sie für die geringere Früchten gehalten. Und dahero kommt es, daß die Gemieß als Bonen, Linsen, Erbsen, und anderes Kuchen und Garten-Krauth, so in Garten gepflantzt wird, unter den Klein-Zehend gerechnet werden, und vor Altem besagter mässen dergleichen auf denen Felderen nicht gebauet worden.

2. Wegen der Bäum-Früchten kan die Sach grössere Beschwehrnuß haben, dann es gibt vil Ort an denen Gebürgen und Wälderen gelegen, wo kein Getreyd wachst, doch allda Baum-Früchten in grosser Mänge gerathen, also den Mangel der Treyd-Früchten ersetzen; Ich bin ein augenscheinlicher Zeug, daß eines Edelmanns geringes Güthel am Böhmer Wald gelegen, von denen verkaufften Bäum-Früchten über 800. fl. gelöst hat, weilen die Kauffleuth aus Sachsen, so das Voit-Land genennt wird, mit ihren Wägen kommeten, und alle Bäum, wie sie mit Früchten behängt waren, um gewisses Geld erkaufft haben. Daß nun der Zehend hiervon unter den Klein-Zehend zu zehlen seye, glaube ich nicht, weilen die Erden, so meisten kein Getreyd tragt, und sonsten dem Pfarrer, dem sonsten gemeiniglich der Groß-Zehend gebührt, der Klein-Zehend aber dem Herrn des Orts, wenig zu seinem nöthigen Unterhalt verbleibete. Unser Art. aber sicht in disem schon sattsam vor, da er zu Ende befiehlt, daß jeden Orts Gewohnheit soll beobachtet werden, welche ja dem Pfarrer nicht wird zuwider seyn. Mein Pfarr zu S. und H. thut alle Jahr fleissig ab der Cantzel die Obst-Zehenden von Bäumen recommendiren, aber gleichwie er in quasi possessione zu begehren ist, also auch die Bauern in quasi possessione stehen nichts zu geben, und können auch wenig geben, weilen sie nach ausgehauenen Bäumen, wie wir in Semicent. 2. quæst. 30. beklagt haben, die Gärten zu Acker gemacht haben, wovon die Pfarrer die Treyd-Zehend fleissig beziehen.

Was den Blut-Zehenden, wie solchen einige also nennen, oder der Vieh-Zehend betrifft, ist bekannt, daß vom vierfüssigen Vieh dreyfache Zehend genossen werden. der 1. vom Jung-Vieh, der 2. von der Mülch, Butter und Käß, und 3. vom Haar und Wohl von denen letzteren zwey Gattungen verordnet unser Art. nichts, glaublich weilen solche nicht im Brauch seynd, wohl aber vom Blut-Zehend, welcher in mehrern Orten sowohl von vierfüssigen als zwey füssigen Vieh und Geflügl genommen werden. Dise nun alle thun unsere Land-Recht unter die Klein-Zehenden rechnen, wo doch scheint recht zu seyn, daß das vier füssige Jung-Vieh unter den Groß: Und der zweyfüssige und den Klein-Zehenden gesetzt werde. Aber auch deßwegen ist auf jedes Orts Gewohnheit zu sehen. 3.

Wann Man sagt, daß dem Weltlichen Gesatz-Geber nicht erlaubt gewesen dises zu Schaden und Præjudiz der Seel-Sorger zu verordnen. So antworten wir, wie bey Anfang dises Tituls, daß der Gesatz-Geber, was die Seel-Sorger betrifft, die alte Gewohnheit nur erkläre, welche Erklärung doch die Weltliche Zehend-Herrn für ein Gesatz haben müssen, weilen ihre Zehenden so weltlich worden, auch der Weltlichen Jurisdiction unterworffen seynd. Lese weiters den folgenden Art.

Der dreyzehende Articul.

Wo hievor weder Furch noch Strang gesehen, auch nie etwas angebauet worden, und hernach umgerissen, und gebauet würdet,

das heißt und ist ein rechter Neubruch, und von demselben gehört der Zehend, die drey erste Jahr einem Pfarr-Herrn desselben Ort, aber folgends dem, der sonst den Zehend der Erden hat. Wo aber die Ehe-Garten umgerissen, oder da sichtig Acker-Maß verhanden, die sollen nicht für Neubrüch gehalten, sondern der Zehend jedem gelassen werden, dem er zuvor gehörig gewest. Dergleichen sollen auch die Vorländer demjenigen verzehend werden, der aus den anstossenden Aeckern den Zehend zufängen hat. Es wären dann an einem Ort sondere Verträg, und Vergleichung aufgericht, und verhanden, so der Neubruch und Vorländer halben ein anders mit brächten, oder es hätte jemand ein anders, im alten ruhigen grundlichen Innhaben hergebracht, darbey soll es auch bleiben.

Summaria.

1. Was ein Neubruch seye?
2. Ob der Zehend von Neubrüchen dem Lands-Fürsten *Jure superioritatis* gehöre?
3. Oder aber nicht des Orts Pfarrern gehörig sey?
4. und 6. Oder auf 3. Jahr der Pfarr-Kirch, nach 3. Jahr aber jenem, welcher am Ort das Zehend-Recht hat?
5. Was Rechtens, wann von einem von unfürdenckliche Zeit der Zehend von Neubrüchen genommen worden, ob er nicht dises Zehend-Recht *praescribirt* habe?
7. Ob die Zehend von Neubrüchen geistlich oder weltlich seyen?
8. Ob sie nicht nach 3. Jahren weltlich werden?
9. Ob nicht denen Neubruch-Zehenden auch beygezehlt werden die Vorländer?

1. Diser Art. handlet hauptsächlich von den Neubrüchen. Es ist aber ein Neubruch ein Acker, so gantz neu zum Acker gemacht worden, oder wie gesagt wird, in cap. 1. X. de verb. sign. ein Acker, der erst zum Acker gemacht worden, dessen niemand sich erinnern kan, jemahlen gebauet worden zu seyn. Cap. quid per Noval. X. de verb. sign. Unser Art. beschreibt den Neubruch also, daß er ein Erden seye, worauf bißhero nichts gebauet worden, und in welchem kein Zeichen einer Furch oder Strang zu sehen. Dann wann Zeichen der Furch oder Strangen verhanden seynd, so kan solcher Acker kein Neubruch genennt werden, und der Zehend gehört dem alten Zehend-Herrn, ist auch in solchen Fall die Untersuchung der Frag nicht nöthig, wem die Neubruch-Zehenden gehörig seyen; gleichwie in Gleichem, wann ein Wiesen, Garten, Kraut-Garten, und dergleichen in Aecker verkehrt werden, als Neubruch zu dem Ende nicht können genennt werden, daß der Neubruch-Zehend Platz haben soll, sonder der Treyd-Zehend gehört jenem, der zuvor aus dem Garten, Anger, oder Kraut-Garten den Zehend genossen hat. Wehner. pract. observ. vers. noval Zehenden vers. huic tamen. Und diß bestettiget unser 10. Art. der das Zehend-Recht dem Garten Zehend-Herrn zuspricht, wann schon alldort anstatt Graß, oder der Garten-Früchten Getreyd gebauet wird. Eben dises verordnet gegenwärthigen Art. von öden Orten, oder von den Ehe-Garten. Dann es seynd offt einige Ort so unfruchtbar, daß sie vile Jahr nicht angebaut werden. Wovon wir einen gantzen Titul in unsern Codice De om. ag. desert. haben. Ein solcher Oed-Acker nun, wann er nach der Hand wieder gebauet wird, ist unter die Neubrüch nicht zu rechnen, sonder dessen Zehenden gehören dem alten Zehend-Herrn zu. Seynd also nur jene für Noval-Zehend zu halten, so aus einer von unfürdenckliche Zeit niemahl gebauten Erden herkommen. Idem Wehner. loc. cit.

Ehe wir aber zu Untersuchung bemelter Frag, wem die Neubruch-Zehend zugehören, schreitten, so verwerffen wir jenen ungereimten Sentenz, welchen Zasius tom. 6. consil. lib. 2. consil. 11. n. 22. hat, wo er sagt, daß die Ungelehrte der Meynung seyen, daß ein Acker ein Neubruch seye nur für jenes Jahr, wo er das erstemahl umgerissen, und besäet wird, wann er aber nachgehends wieder gebauet wird, kein Neubruch mehr seye, dann in disem fehlen sie weit, weilen der Acker, der zu bauen angefangen worden, ein Neubruch genennet wird, so lang man die neuerliche Umbrechung gedenckt. Idem Zasius loc. cit. & Wehner. verb. Noval-Zehend in princ. faustus pro ærar. class. 17. consil. 20.

Was nun die bemelte Frag betrifft, sagen wir 1. daß eine Ketzerische Meynung 2.
seye, daß die Noval-Zehend dem Lands-Fürsten Jure Superioritatis oder Suprematus zugehöre, und diß aus der Ursach, weilen aus eben disem Recht alle öde Ort, und Wieslungen als verlassene vacante Güther dem höchsten Fürsten und Territorial-Herrn zugehören, Valasc. tract. de jure emphyt. quæst. 8. n. 18. Mascard. de

de prob. conclus. 1189. Steph. lib. 2. de Jurisdict. cap. 7. n. 447. Dann wir wollen die Lehr dahin gestelt sein lassen, daß ungebaute verlassene Ort dem Fürsten zu fallen, welche doch andere widersprechen, und besser darfür halten, daß solche dem ersten, so sie occupiren, zu fallen, weil sie in keines Eigenthum seynd. Menoch. lib. 3. præsumpt. præsumpt. 100. n. 9. & seq. Aym. tract. de alluv. lib. 2. cap. 21. n. 6. & 7. so ist doch keine Folg, daß ungebaute öde Ort dem Lands-Fürsten zugehören, also auch die Zehend davon, weil noch ein grösserer Herr ist, nemlich GOtt Himmels und der Erden, welchem die Weltliche Herrn billig weichen müssen, weil ihme, wie wir in vorgehenden gesagt haben, alles Zehend-Recht zugehört.

3. Wir sagen also 3. daß die Noval-Zehend dem Pfarrer zugehören, oder jedes Orts Seel-Sorger. cap. cùm contingat X. de decim. Wo gesagt wird, weilen in einigen Pfarreyen einigen Kirchen, oder Geistlichen von Alters hero die Zehenden zugehören, und in solchen Neubrüch geschehen, so sey die Frag, wem solche Noval-Zehenden gehörig seye? Wir antworten, daß, weilen dem gemeinen Recht nach die Beziehung der Zehenden denen Pfarr-Kirchen zugehöret, die Noval-Zehend, so in deren Pfarr-Bezirck geschehen, auch ihnen zugehören, welches eine allgemeine Regul ist, weil die Noval-Zehenden denen Pfarr-Kirchen, Pfarrern und Seel-Sorgern zugehören, wann schon in solchen Pfarreyen das Zehend-Recht anderen rechtmässig zustehet.

4. Anderst 4. wird dise Frag durch unsern Art. aufgelöst, daß nemlich die Noval-Zehend allein auf 3. Jahr lang der Pfarr-Kirch, nach 3. Jahren aber jenem zugehören, deme sonsten solchen Orts das Zehend-Recht rechtmässig gebührt; fürwar dise Verordnung scheint dem Geistlichen Recht Schnurstracks zuwider seyn, ist also nothwendig jener, zu Anfang dises Tituls gemachter Unterschied zu wiederhollen, daß dise Verordnung mehres eine Erklärung der alten Gewohnheit, als ein Gesatz seye. Dann sihe, in der Lands-Ordnung de An. 1553. und also vor 139. Jahren werden schon dise ausdruckliche Wort enthalten, nachdeme in unseren Landen von Alters her observirt worden, daß die Zehend von wahren Neubrüchen, wo man zuvor weder Furch noch Strangen gesehen hat, auch alldort nichts gebauet worden, meistens die erste 3. Jahr lang dem Pfarrer zugehört haben, nach der Hand aber jenem zukommen seyen, deme zuvor solchen Orts die Zehend gebührt haben; Wir wollen, daß solches künfftig gleichfalls beobachtet werden solle. &c. Aus welchen Worten sattsam erhellet, daß dises Recht in unsern Vatterland auf der Gewohnheit gegründet, und also dem Geistlichen Recht nicht zuwider seye. Dann obschon in cap. cùm contingat. 29. Die Noval-Zehend der Pfarr-Kirch zuerkennt werden, so wird doch allda diß Clausel ausdrucklich beygesetzt, wann nicht von jenen, welche sonsten die Zehend beziehen, ein vernünfftige Ursach gegeben wird, woraus erhellet, daß ihnen der Noval-Zehend gebühre. Wann du mit der Glossa sagen wilst, daß dise Exception von Päbstlichen Privilegio zu verstehen seye. So antworten wir, daß uns gantz unglaublich vorkomme, daß bemelter Text vom Päbstlichen Privilegio rede, zumahlen die Exception gemacht worden wäre, über eine sonst gantz unzweiffelhaffte Sach, wovon mit zwey Worten hätte eine Meldung geschehen können, und wäre eine so lange Beschreibung nicht nöthig gewesen; Wann nicht von jenen, welche sonsten die Zehend bekommen, ein vernünfftige Ursach gegeben wird, wodurch erhellet, daß ihnen der Noval-Zehend gebühre. Dise vernünfftige Ursach nun muß hauptsächlich seyn des Orts Gewohnheit, weilen wir schon oben gesagt haben, daß in Zehend-Sachen die Gewohnheiten der Orten sehr vil gelten.

Es setzt zwar die Glossa ad dict. cap. 29. im Summario, daß der Pabst von Zehenden, welche von einem præscribirt worden, rede, als wann der Verstand wäre, daß die Noval-Zehend jenem nicht zugehören können, der an solchen Ort das Zehend-Recht aus blosser Præscription erlangt hat. Aus Ursach, weilen gesagt wird, so vil sey præscribirt, als besessen ist, die Noval-Zehend aber seynd nicht in Besitz, also auch nicht præscribirt. Gehörn also aus Ursprung der Zehenden dem Pfarrer oder Seel-Sorger zu. Welches wir zulassen müssen, wann man setzt, daß in solcher Pfarr sich niemahlen Noval-Zehend ergeben haben, wann aber villeicht nach und nach mehrere Neubrüch sich ergeben, und die Noval-Zehend von unfürdencklicher Zeit von jenem eingethan worden, deme alldort andere Zehend verjährter massen rechtmässig zustunden, so zweifflen wir gar nicht, daß nicht ein solcher ein vernünfftige Ursach, nemlich die unfürdenckliche Præscription (welche die Stell des Tituls vertritt) dem Pfarrer oder Seel-Sorger zu begegenen, weil ein gemeine Meynung ist, daß, wann einer in quasi possessione eines Universal-Rechts ist, er auch anscheine, daß er auch die künfftige Früchten besitze Welches mit mehreren be- 5.

bestättiget Decianus. vol. 1. conf. 22. n. 34. & seq. Aus Ursach, weil viles mit einem Universal-Recht gehet, so sonsten nicht passirte. L. quidam ff. de aquir. rer. dom. L 1. ff. de fund. dot. cap. ex litteris. ubi Gloss. & DD. X. de jure patron. Gutierez. lib. 2. quæst. Canon. cap. 21. n. 118.

6. Wir seynd lang angestanden, ob nicht dise Verordnung seinen Ursprung genommen habe von jener Zeit, wo der Catholische Glauben in unsern Vatterland zu wancken angefangen hat, also daß schon Mehrere aus denen Adelichen Lutherisch worden, und vile die Communion unter beyder Gestalt, und der Geistlichen Verheyrathung zuzulassen beständig treibeten, absonderlich, weil schon Anno 1542. auf dem Reichs-Tag zu Nürnberg unter anderen Beschwernussen fol. 14. fac. 2. denen Lutherischen Ständen schwer gefallen, daß denen Geistlichen die Noval-Zehend gereicht werden müssen, welche bißhero nicht gereicht worden. Wie bezeiget Hartm Hartman. in pract. observ. lib. 2. tit. 53. obs. 10. ad fin. Weilen aber unsere Lands-Ordnung von Anno 1553. schon von der alten Gewohnheit Zeugnuß gibt, so erhellet klar genug, daß dise Gewohnheit schon vor denen Ketzerischen Zeiten ihren Ursprung her habe. Diß wird auch von darum bestättiget, weilen die Stånd, so sich wegen Reichung der Noval-Zehend an die Pfarrer beschweret, vermeynt haben, daß ihnen solche vilmehr jure superioritatis, als denen Geistlichen zugehören, wie bezeugt Faust. de ærario class. 17. cons. 70. Welches doch unsere Lands-Ordnung auf keine Weiß verlangt, weil befolchen wird, daß solche Noval-Zehend in 3. Jahren denen Geistlichen, nachgehends aber jenem gereicht werden sollen, die solchen Orts von altem hero die Zehend einthun, daß also das Recht der Neubruch nach drey Jahr erloschen zu seyn darfür gehalten wird, und die bißherige Noval-Zehend die Natur anderer Zehend anthun. Und dise Gewohnheit, so vil uns bekannt ist, ist noch heut zu Tag ohne Widerred der Bischöff im Schwung.

7. Man wird fragen 1. ob die Noval-Zehenden Geistlich oder Weltlich seyen? In Betracht, unsers Art. weilen sie in den 3. ersten Jahren der Kirch oder des Orts Pfarrern zugehören. Und wir antworten, daß sie Geistlich seyen, aus Ursach, weilen solche aus Verordnung des Geistlichen Rechts gereicht werden müssen, in Ansehung dessen aller Zehend zur Recognition des höchsten Göttlichen Dominii denen Geistlichen gegeben werden muß, und deßwegen, wann in denen 3. ersten Jahren wegen solcher Zehender zwischen dem Pfarrer und denen Zehendbaren Pfarr-Kinderen Stritt entstehet, so hat regulmässig die Geistliche Obrigkeit zu sprechen, cap. 2. X. de Jud. cap. fin. X. de rer. permut. & cap. tua. 25. in princ. X. de decim. Weilen in jedwedere Geistliche Sach das Geistliche und nicht das Weltliche Gericht Platz hat. Woven doch wir mehrers sehen werden bey dem letzten Art. dises Tituls.

Wann man nun fragt 2. was von der Natur der Noval-Zehenden nach Umlauff der 3. Jahren zu sagen seye? Antworten wir, daß ja ein grosser Unterschied seye, ob jener, der alldort zuvor das allgemeine Zehend-Recht gehabt hat, Geistlich oder Weltlich seye. Ist er Geistlich, so bleiben die Noval-Zehend, welche nach 3. Tag dem allgemeinen Zehend-Herrn zufallen, Geistlich, und folglich, seynd sie der Geistlichen Obrigkeit unterworffen, sowohl wegen der Ursach, welche an sich selbst Geistlich ist, als wegen der Persohn, weilen der vorige 3-jährige Zehend-Herr der Pfarrer, und der Universal Zehend-Herr præsupponirt werden, Geistliche Persohnen zu seyn, und also beyde der Geistlichen Obrigkeit unterworffen seynd. Wann aber der Universal-Decimator als Geistliche bemeldte Zehenden hat, als Weltliche Zehenden, so gehört die Sach zur folgenden Frag. 8.

Ist nun die dritte und schwerere Frag, wann nemlich der Universal-Zehend-Herr ein Weltliche oder sonst Privat-Persohn ist; Die Ursach des Zweiffels ist, weilen die Noval-Zehenden, wie gesagt worden, aus ihren Ursprung Geistlich seynd, wie können sie also nach 3. Jahren aufhören Geistlich zu seyn? Daß ich disen Articul genau betrachtet hab, hätt ich gern einen Unterschied gemacht, daß die Noval-Zehenden nach 3. Jahr zwar dem Universal Geistlichen Zehend-Herrn zuruck fallen wegen ihres Ursprungs zum Exempel auf ein Hospittal, oder Closter, nicht aber auf den Universal Weltlichen Zehend-Herrn. Die Ursach scheint gut zu seyn, weilen der Weltliche Universal-Zehend-Herr eines Geistlichen Rechts unfähig ist, dergleichen aus seinen Ursprung der Noval-Zehend ist. Weilen unser Art. aber keinen Unterschied macht, und ich mit meinen Augen gesehen hab, daß in Orten, wo die Pfarrer das Universal-Zehend-Recht mit denen Weltlichen gemeinschäfftlich haben, denen Weltlichen nach 3. Jahren am Noval-Zehend ihren Theil freywillig lassen, so können wir nicht zweifflen, daß nicht die Verordnung unsers Art. nach der uralten Gewohnheit des Vatterlands gantz general auf alle uni-

universal Geistliche und Weltliche Zehend-Herrn extendirt werden müsse. Welches auch von darumen behauptet werden kan, weilen die Zehenden, welche in unsern Vatterland von Weltlichen besessen werden, aus Gebrauch und Gewohnheit von unfürdencklicher Zeit darfür gehalten werden, daß solche aus Päpstlicher Zulassung, so vor dem Lateranensischen Concilio geschehen, in Besitz seyn. Und also die Noval-Zehend nach drey Jahren jure incorporationis, wann wir also reden wollen, die Geistlichkeit ausziehen, und mit den übrigen Zehenden Weltlich werden.

Aus welchem folget, auf die vierte Frag, die Antwort, daß in den ersten 3. Jahren, da die Noval-Zehend Pfarrlich und Geistlich seynd, vor das Geistliche Gericht gehören, wann sie aber Weltlich worden, so seynd sie auch jure incorporationis dem Weltlichen Richter untergeben. Welches wir doch gern anderer Gerechten Ausspruch überlassen.

9. Denen Noval-Zehenden werden in disem Art. beygezehlt auch die Zehend der Vorländer. Die Vorländer seynd meistens der Vorgipfel der Aecker, welche in mehristen Orten unangebauet gelassen werden, aus unterschiedlichen Ursachen, entweders weilen die Erden mit Distel und Dorn überwachsen, oder weil die Erden sandechtig, steinig, lettig, oder moßechtig, oder aus einer andern Ursach, welche Erd mehr zu Graß als zu Getreyd tauglich ist. Unsere Bauern besäen dergleichen Vorländer von darumen nicht, damit sie Sommers-Zeit, wo das Vieh auf die Weyd getrieben wird, ein Ort haben, wo sie Graß schneiden, und damit das nicht sattsam gesättigte Vieh in Stall erhalten können; Dann die gute Haußhalter nicht allein von ihrem Vieh zu Tag Milch haben wollen, sondern auch über Nacht, daß also nothwendig ist, daß dem Vieh zu Nachts auch Graß gegeben werde, damit das zu Abend gemelchte Vieh am Morgens widerum gemelcht werden kan. Mehr andere Ursachen bringt jedes Orts Gelegenheit mit sich. Dergleichen Vorländer nun können nach jeden Bauerns freyen Willen zu Aecker gemacht werden, und obwohlen vor disem davon kein Zehend gegeben worden, nach deren Anbauung doch müssen davon ohne allen Zweiffel die Zehend gegeben werden.

Daß aber unser Art. dise denen Noval-Zehenden beyzehlt, das hat dem gemeinen Recht nach kein Ursach; Ist dise handgreiffliche Ursach, weilen die Noval-Zehenden besagter massen dem gemeinen Recht nach (wannn überall die Zehenden einem anderen zugehören) nichts desto weniger des Orts Pfarr-Kirchen, oder dem Pfarrer zufallen. Die Zehenden aber von den Vorländeren auch dem gemeinen Recht nach niemahlen dem Pfarrer, sondern dem Universal-Zehend-Herrn zugehören. Diß wird aus deme erwiesen, weilen solche newerlich angebaute Vorländer die Natur des Ackers annimmt, dessen sie ein Theil seynd, und also solcher, obwohlen erst neuerlich angebauter Theil, kein Neubruch genannt wird, weil er zum alten Bau gezogen wird. Wehner. loc. cit. verb. Noval-Zehend in vers. hisce tamen in fin. Aus welchem erhellet, daß der Unterschied unter denen Noval-Zehenden, und unter denen Zehenden von Vorländern klar genug seye. Unser Art. aber hat dise beyde Zehend gleich gehalten, weilen er solche zugleich dem Universal-Zehend-Herrn zueignet.

Unser Art. setzt zwey Ausnähm bey, der erste ist, wann ein anderes durch des Orts Gewohnheit und Observanz, und 2. durch der Partheyen Bedingnussen eingeführt worden. Von der Gewohnheit haben wir in vorgehenden genug gesagt; Die Bedingnussen aber überschreitten kaum das Leben der pacirenden Leuthen, wann nicht die Red von Weltlichen Zehenden ist, welche nichts Geistliches haben, und wie die übrige Sachen die Erben activè und passivè verbinden.

Der vierzehende Articul.

Welche von denen geringen Früchten, als Rueben, Kraut, und dergleichen, die sie in die Gärten gebauet, kein anderen Zehend, als den Garten-Pfennig, oder von Alters her gar nichts gegeben, die sollen auch darbey gelassen, und von ihnen kein anderer Zedend begehrt werden. Da aber jemand solch ring Frücht in die Felder, und dargegen das Getreyd in die Gärten bauen wurde, soll er davon den Zehend, von dem Garten-Getreyd, so von neuem in die Gärten gebauet würdet, wie oben im eilfften Articul geordnet, ohn alle Weigerung zu geben schuldig seyn. Wo auch jemand sein Garten erweitterte,

te, soll er von solche Einfang, dem Zehend-Herrn, der zuvor auf solchem Grund den Zehend gehabt, den Zehend von denjenigen Früchten, die hernach auf solchem Grund angebaut werden, reichen, oder sonst sich der Gebühr nach mit ihme vergleichen.

Summaria.

1. Wann aus denen Garten weder Zehend, noch sonsten was an Geld gegeben worden, ob und in was Zeit die Freyheit erlangt werde?

2. Wann ein Garten erweitert wird, ob nicht die Garten-Zehend oder jährliches Geld vermehrt, oder gemindert werden könn?

OBen haben wir schon zwey Haupt-Principia gesetzt, daß die bessere Früchten, wie da seynd das Getreyd, und was deme gleich gehalten und zugezehlt wird, vor altem anderst nicht als auf denen Feldern und Aeckern gebaut worden, die geringe Früchten aber in denen Hauß- und Wurtz- oder Kuchel-Gärten. Das andere ist, daß, wann zerschiedene Zehend-Herrn seynd, nemlich Feld und Garten Zehend-Herr, ein jeder doch von allen in seinem Zehend-Bezirck gepflantzten Früchten den Zehend bezieht, zum Exempel wann Getreyd-Früchten in denen Gärten gesäet werden, so ist man den Zehend jenem schuldig, der in dem Garten den Klein-Zehend hat, und hingegen, wann die geringe Früchten auf denen Feldern und Aeckern gebaut werden, daß von disen Früchten gleichfalls die Zehent dem Groß-Zehend-Herrn zugehören. Dises bestättiget gegenwärtiger Art. abermahlen, setzt aber zwey Puncten bey.

1. Das erste ist, daß in vilen Orten aus uralten Gebrauch und Observanz aus denen Gärten keine Zehend gegeben werden, sondern statt deren ein Garten Pfennig. Aus welchem Wort Pfennig abgenommen wird, daß solch jährliche Reichung sehr gering seye, welche doch nach jedes Orts Gewohnheit regulirt werden muß. Der Art. setzt bey, wann aus denen Gärten nichts gegeben worden, sondern der Ort gantz frey gewesen, daß er dabey gelassen werden solle. Es braucht der Art. das Wort von Alters hero. Welches scheint, daß es nur 10. Jahr erfordere, welches ein lange Zeit genennt wird, welche schon öffters sattsam ausgelegte, und dermalen wieder vorkommende Materi wir hier nicht wiederhollen wollen. In disem Art. aber ist ja ein Unterschied zu machen unter dem Geistlichen und Weltlichen Zehend-Herrn wider beyden wird præscribirt, und zwar wider den Weltlichen in 10. oder 20. Jahren, wider eine Kirch in 40. oder in Zehend-Sachen wider die Pfarr-Kirch nur in unfürdencklichen Jahren. Obwohlen ich weiß, daß das Wort von Alters hero in Gegenwart meiner gar offt in den Hoff-Rathen allein auf die ordinari Præscriptions-Zeit, oder höchstens auf 30. Jahr restringirt werden wollen, ohne Ansehung der Persohnen oder der Causarum, welches ich nicht glaub, wie kurtz hernach vollständiger folgen wird.

Das andere ist wegen jenes Casus, 2.
wo die Gärten erweitert werden, dann in jenem Theil, der dem Garten einverleibt worden, verbleiben die Zehenden dem vorigen Herrn, und machen den vorigen Garten-Zehend, oder Garten-Pfennig weder mehr noch minder. Aus Ursach, weilen die Abänderung der Gründen dem vorigen Zehend-Herrn nicht præjudicirlich seyn können.

Der fünffzehende Articul.

WO auch jemand einen, oder mehr Aecker ein Zeit lang nach der schmelichen Nutzen, und also den Grund ruhen lassen, aber hernach, als ungefährlich am dritten Jahr, wiederum anbauen wollt, das soll einem jeden zugelassen seyn, und er dieselb Zeit, von dem, oder denselben Aeckern um einigen Zehend nicht angelangt werden, wo er aber Gärten, und Heu-Wiesen daraus machen wollte, soll er alsdann den Heu-Zehend auch davon geben. Es wären dann solche Aecker vormahlen auch Gärten, oder Heu-Wiesen gewest, davon man kein Heu-Zehend geben hätt, soll man füran, wann sie wieder zu Gärten, oder Heu-Wiesen gemacht werden, noch keinen Heu-Zehend davon zu geben schuldig seyn.

Summaria.

1. Welche Aecker verwaaste und verwachsene Aecker genennt werden, und ob die Bauern solche ungebaute Aecker ohne Zehend-Reichung haben können?
2. Wann der Getreyd-Acker zum Garten oder Wiesen gemacht wird, ob man nicht daraus den Zehend geben müsse?
3. Was ist aber Rechtens, wann solcher Getreyd-Acker zum Garten oder Wiesen gemacht worden, der schon vor altem ein Garten oder Wiesen gewesen, und keinem Heu-Zehend gegeben hat?
4. Wann ein solcher Treyd-Acker, so zum Garten gemacht worden, zu Kräuttel-Waaren gebrauchet wird, ob davon der Zehend gereicht werden müsse?

1. Wann die Bauern ihre Aecker besser und fruchtbarer machen wollen, so lassen sie solche zu Zeiten nicht allein für das dritte Jahr, so gemein ist, in einer zum Frucht tragen tauglichen Erden in der Brach liegen, sondern auch lassen solche, wo eine härtere und spissigere Erden ist, auf 2. 3. oder mehr Jahr öd liegen, biß Waasen darauf wachsen. Dise mit Waasen überwachsene Aecker nun nennen unsere Bayerische Statuten verwaste, und verwachsene Aecker: Und solche Aecker einen schmälichen Nutzen. Welches Wort unserer Meynung nach ihren Nahmen nicht vom schmächlichen Nutzen herführt, sondern von Graß, so man Schmelchen nennet, weches in die Höhe wachst, also daß ein simpler Schwab, da er sich unter solchem Unkraut im Regen-Wetter verborgen, vermeynt hat, er seye von Wasser-Güssen frey, und ist in Schwaben heut zu Tag noch das Sprichwort, wann du vom Donder sicher seyn willst, so sitz unter keinen Aich-Baum, sondern sitz unter ein Schmelchen. Wird also gantz recht gesagt, daß ein auf etlich Jahr in der Brach liegende Acker unter der Schmelchen Nutzung seye, weil daraus kein andere Frucht zu haben ist, als Schmelchen, so dem Vieh anstatt des Strohs in Ställen zur Ruhe unterbreitet wird.

Obwohlen nun oben gesagt worden, daß ein Bauer, der aus Neyd gegen dem Pfarrer, oder Zehend-Herr die Aecker öd liegen laßt, zu Bauung derselben durch die Obrigkeit von Amts wegen angehalten werden könne, so wird doch in disem Art. verordnet, daß einem jeden frey seyn soll, seine Aecker auf gewisse Jahr in der Brach liegen zu lassen, also daß in solcher Zeit keine Zehenden können begehrt werden. Aus Ursach, welche wir öffters beygebracht haben, weilen die Zehenden ein Bürde der Früchten seynd, wo also keine Früchten gesäet werden, und wachsen, da können auch keine Zehenden begehrt werden. Verstehe, wann der Bau zu des Bauerns Füglichkeit und Nutzen, und nicht aus Neyd gegen dem Pfarrer oder Zehend-Herrn unterlassen wird. Es kan auch ein solcher Bauer nicht gehindert werden, daß er nach Belieben den in die Brach gelegten Acker wieder anbauen solle. Dann er ist des Grunds-Herren, kan also solchen nach Belieben nutzen und gebrauchen.

Der andere Casus dises Articul ist merckwürdiger, daß nemlich von einem solchen Acker die Zehend gereicht werden müssen, wann er in ein Wiesen oder Garten verkehrt wird; Dann bey beyden hat ein Zweiffel seyn können, entweders, daß an solchen Ort auf denen Wiesen und Gärten keine Zehend gebühren, oder nur ein Garten-Pfennig bezahlt werde. Es scheinete also, es seye zu sagen, daß dem Gesatz den Zehend zu geben genug geschehe, so jenes præstirt werde, was man für die Wiesen oder Garten zu geben gepflogen hat, oder wann nichts præstirt wird, wann des Orts Gewohnheit mit sich bringt, daß dergleichen Gründ von der Zehend-Reichung völlig frey seynd, wie in semicent. 2. controv. 29. gesagt worden, daß, wann in einem Getreyd-Acker Hopfen oder andere ungewöhnliche Früchten gepflantzt werden, so seynd sie in gantz Bayern keiner Zehend-Reichung unterworffen. Aber das Widerspihl sagt unser Art. daß in solcher Acker-Baus Abänderung anstatt des Getreyd-Zehends der Heu-Zehend müsse gegeben werden. Die Ursach ist schon oben gegeben worden. Weil der Zehend muß gegeben werden von dem, was gebaut wird, gleich wie in vorgehenden wir schon mit Mehrern ausgelegt haben, daß der Zehend-Herr auch den Klein-Zehend habe, welcher auf den Felderen wachst, und der Garten Zehend-Herr den Groß-Zehend habe, wann in Gärten Getreyd gebauet wird. 2.

Wann man sagt, also seye auch jener den Zehend zu geben, der Hopfen bauet, welches doch unsere semicent. nicht zulaßt. Wir antworten, daß unter solch beyden Fällen ein sehr grosser Unterschied seye. Dann der Hopfen wird in gantz Bayern aus Gewohnheit für eine unzehendbare Frucht gehalten; Die Garten und Wieß-Zehend aber seynd in sehr vilen Orten notorisch im Brauch. Wann nun ein Treyd-Boden zum Garten, oder Wiesen gemacht wird, so verordnet unser Art. gantz

gantz recht, daß der Heu-Zehend den Treyd-Zehend vertrette. Ein anderes ist bey dem Hopffen, weil dise Frucht nicht Zehendbar ist. Lese, was gesagt worden in semicent. 2. controv. 29.

3. Ein eintzige Ausnahm wird beygesetzt, wann nicht villeicht solcher Treyd-Boden, der zum Garten, oder Wiesen gemacht worden, auch vor Altem, ehe er besaamt wurde, ein Garten oder Wiesen gewesen, und zu solcher Zeit keinen Heu-Zehend gegeben hat. Dann obschon durch Abänderung in einen Acker, besagter massen, die Schuldigkeit entsprungen den Zehend zu zahlen, nachdeme aber die Erden sein alte Gestalt wieder bekommt, so erhaltet sie jure postliminii die erloschne Freyheit wieder, wie sie solche vor Altem gehabt hat. Krafft der Regul, daß eine Sach leicht zu seiner alten Natur zuruck gehe. L. si unus 27. ff. de pact. cap. venerabili 24. X. de cens. Weilen darfür gehalten wird, daß die dem Heu gestattete Freyheit zu solcher Zeit, wo Getreyd gebaut wird, mehrers verborgen, als aufgehebt worden seye.

4. Was ist aber Rechtens, wann ein solcher Treyd-Acker, der zum Garten gemacht worden, nicht zum Heu-Wachß, sondern zu Pflantzung der Garten-Waar Salat, Redich, und dergleichen gebraucht wird, wovon der Zehend gegeben zu werden gepflegt wird? Es scheint, daß, weilen der Art. allein vom Heu-Zehend redet, über das Heu der Art. auf andere Früchten nicht zu verstehen seye. Weilen aber schon oben bey dem 11. Articul wir gesagt haben, daß, wann Garten-Früchten auf den Felderen gebauet werden, davon anstatt des Groß-Zehend, der Klein-Zehend gegeben werden müsse, ist also auch zu sagen, daß, wann ein solcher Acker nicht allein ein oder das andere Jahr mit geringeren Früchten, sondern auch für beständig zu einen Garten gemacht wird, daraus der Zehend gegeben werden muß, wann nicht, wie kurtz zuvor gesagt worden, mit solchen Früchten angebauet wird, welche notorisch von allem Zehend befreyt seynd. Dann gleichwie dem Bauern als Herrn des Grunds erlaubt ist, solchen nach Belieben zu brauchen, also hingegen ist billig, daß dem Zehend-Herrn die Zehend von solch neuen Früchten, wann sie Zehendbar seynd, anstatt der vorigen gereicht werden, obwohlen villeicht einer das Klein-Zehend-Recht an einem gewissen Ort also als ein Universal-Recht hat erlangen können, daß solcher Klein-Zehend vilmehr dem Klein-Zehend-Herrn zugehöre, als dem Groß-Zehend-Herrn gebühren, wie wir oben aus unterschiedlichen Authoribus erwiesen haben.

Der sechzehende Articul.

In welchen Orten von Alters Herkommen, daß man den Klein- und Blut-Zehend gegeben, soll er daselbst noch gegeben werden; An was Orten aber er von Alters her nicht gegeben worden, ist man solchen zu reichen fürterhin auch nicht schuldig; Wann auch der Blut-Zehend gebräuchig, den soll man geben, wann die Thier allbereit zeitig seyn, und im Blut-Zehend mag man in jeder Sorten, von einem Jahr zum anderen zehlen.

Summaria.

1. Weilen die Klein- und Blut-Zehend nicht gebühren, ausser wo von Alters her solche gegeben worden, was für ein Zeit hierzu erfordert werde?
2. Was Rechtens, wann der Pfarrer Kläger ist, ob nicht der Beklagte ein unfürdenckliche Zeit probieren müsse?
3. Wann aber der Kläger ein Weltliche Persohn ist, ob nicht die *Ordinari Præscriptions*-Zeit genug seye?
4. Was Rechtens, wann eine Kirch, oder andere milde Stifftung solche Zehend forderet, ob bey solcher 40. Jahr erfordert werden?
5. Was für ein Zeit erfordert werde, wann der Pfarrer vom einem Weltlichen oder Geistlichen beklagt wird?
6. Ob für dem Blut-Zehend zeitiges Vieh gegeben werden müsse?
7. Ob beym Blut-Zehend man von einem Jahr zum anderen zehlen könne.

Hier wird eine allgemeine Regul gesetzt, daß die Klein-Zehend, deme auch der Blut-Zehend zugezehlt wird, man in unsern Vatterland zu geben nicht schuldig seye, ausser wo solche von Alters her gegeben worden, Krafft der

klaren

klaren Wort dises unsers Art. allein in disem ist eine Beschwehrnuß, wie die Wort von Alters hero zu verstehen seyen, und was diß falls für eine Zeit nöthig seye? Worüber zu lesen ist Semicent. 2. controv. 33. Wir haben bey Auslegung unserer Rechten öffters gesagt, daß man die Materi ansehen müsse, wovon man handle, und nach solcher die zur Præscription nöthige Zeit abgemessen werden müsse.

In gegenwärthiger Zehend-Materi nun ist ein Unterschied zu machen, ob einer das Klein-Zehend Recht begehre; und also Kläger oder der Beklagte seye, und von ihme der Klein-Zehend verlangt werde. Item ob der Kläger Geistlich oder Weltlich seye: Und hingegen, ob der Beklagte Geistlich oder Weltlich sey? Dann aus Beschaffenheit der Persohnen, und des Handels unsers Erachtens muß das Wort von Alters hero ausgelegt werden. Ich weiß, daß ich diß falls vile Widersacher haben werde, welche dises Wort also glathin, wie es liegt, nemmen, und die alte Zeit auf 10. oder 20. oder höchstens 30. Jahr setzen. Wir werden doch unsere Meynung frey ohne Præjudiz der Wahrheit oder eines anderen sagen.

2. Ist also die erste Resolution, wann der Pfarrer oder Seel-Sorger die Klein-Zehend für die Kirchen begehrt, zum Exempel von Rieben, ~~Hanff~~ Flachs, Oepfel, Birn, Oel, Nussen, Kästen, Kerschen, und dergleichen Bäum-Früchten, von Vieh und Gflügl dem Blut-Zehend, so hat er dem gemeinen Recht nach für sich die Intentionem Juris fundatam, und also, welcher um den Klein-Zehend beklagt wird, muß solchen geben, wann er nicht beweist, daß durch allgemeine Lands-Gewohnheit die Klein-Zehenden abgebracht worden, oder durch seine besondere gemachte Præscription. In dem ersten Casu kan sich niemand in unsern Vatterland stossen, weil in so vilen bißhero ausgelegten Articulen der Gebrauch und Schuldigkeit der Klein-Zehenden erkennt wird, und schier überall hierüber unzahlbare Stritt-Händel erfunden werden. Wann also, was den anderen Casum betrifft, der Beklagte wider den klagenden Pfarrer die Præscription vorschutzt, so muß er ein unfürdenckliche Zeit erweisen. Aus Ursach, weilen die für den Pfarrer streittende Intentio Juris eine wenigere Præscription nicht zulaßt, als von unfürdencklichen Jahren, welche anstatt des Tituls ist.

3. Wann aber 2. einer den Klein-Zehend begehrt, der ein Privat-Persohn Geistlich oder Weltlich ist, so laßt das Wort von Alters hero nach Beschaffenheit der Persohnen den weiteren Unterschied zu, daß, wann vom Weltlichen Kläger die Klein-Zehend begehrt werden, genug seye, da der Weltliche Beklagte die ordinari Præscriptions-Zeit mit oder ohne Titul probire, welche unter Gegenwärtigen oder Abwesenden dem gemeinen Recht nach erfordert wird. Aus Ursach, weilen solche Zehend Weltlich seynd, und also unter Weltlichen strittigen Partheyen solche Zehend-Händel nach den Reglen des Weltlichen Rechts ausgemacht werden müssen. Eben diß ist zu sagen, wann zwar der Beklagte Geistlich, aber ein Privat-Persohn ist, wie dergleichen Zehenden mehrer gefunden werden, die in Geistlichen Händen seynd, und als ein Weltliches Guth besitzen. Dann dise haben in solch Weltlichen Zehenden vor anderen Weltlichen Persohnen keinen Vorthl.

Wann aber 3. von einer Weltlichen Persohn die Klein-Zehend von einer zwar keiner Pfarrer-Kirch, sonder von einer anderen, oder anderen milden Stifftung begehrt werden; so muß der Weltliche Kläger 40. Jahr erweisen, weil die Auslegung des Worts von Alters hero nach Beschaffenheit der Causæ ecclesiasticæ allein 40. Jahr zulaßt. Per vulg. 4

Was ist aber Rechtens 4. wann der Pfarrer selbsten vom Weltlichen beklagt worden, oder von einem Geistlichen, der behauptet, daß der Pfarrer das Klein-Zehend-Recht besitze, wo doch solche Zehend von Alters hero dem Kläger zugehörig gewesen? Und wir sagen, daß der Kläger nach Beschaffenheit der beklagten Persohn, welche Intentionem juris für sich hat, ein unfürdenckliche Zeit probiren müsse. 5.

Wann aber 5. vom Weltlichen oder Geistlichen Privat-Persohn ein anderer Privat-Mensch beklagt wird, so hat besagter massen die ordinari Præscriptions-Zeit Platz. Und wir halten gäntzlich darfür, daß diß der wahre Verstand dises unsers Art. seye, anderer Meynung dadurch nichts benemmend.

Diser Art. wird mit zweyen sehr guten und merckwirdigen Anhängen beschlossen, der erste ist, daß an jenem Ort, wo die Blut-Zehend im Brauch ist, solcher gegeben werden müsse, wann das Vieh zeitig ist, das ist, wo das Vieh die Milch und das Geflüg der Hennen Flügl nicht mehr nöthig hat; Dann was wurde der Zehend-Herr für einen Nutzen haben, wann ihme ein unzeitiger Blut-Zehend solte aufgebürdet werden? Dann aller Früchten Natur ist, daß sie dem Zehend unterworffen seyen, wann sie können gebraucht werden. Joan. Andr. in addit. ad specul. in vers. speciem. Damit nicht das unzeitige Vieh unnutzlich zu 6.

zu Grund gehe. vid. DD. in cap. cùm homines. X. de decim. Und seynd noch mehrere gute Text. in L. si servus. 10. in fin. ff. de solut. & L. cùm qui. ff. de ann. Legat. Rebuff. de decim. quæst. 6. n. 30. Jenes aber ist ungeschickt, da ein Pfarrer begehrete, daß alsdann ihm erst der Blut-Zehend gereicht werden solle, wann das Jung-Vieh schon erwachsen ist, also das Kalb zum Oxen, oder das Hienl zur Hennen. Obwohlen an jenen Orten, wo mit der Blut-Zehend gegeben werden muß, meistens schon erwachsene Gänß im Herbst gegeben werden, villeicht deßwegen, weil alldort ihr Fest einfallet, wo sie geschlachtet werden: Es seynd aber die Bauern so schalckhafftig, daß sie vor der Liefferung die Gänß am Bauch ropfen, und die Federen behalten.

7. Das andere ist, daß bey dem Blut-Zehend die Zehlung von einem Jahr zum anderen geschehen könne. Zum Exempell, ein Bauer hat heur nur 9. Gänß gezüglet, und 19. Hiener. Von denen 9. Gänßen gebührt für diß Jahr dem Zehend-Herrn nichts, und von denen Hienlen nur eines, doch also, daß er künfftiges Jahr von Gänßen und Hienern gleich die erste Ganß und das erste Hienl für den Zehend vorigen Jahrs wegnemmen, und sodann die Zehlung fortsetzen kan. Warumen aber bey dem Blut-Zehend ein anderes, als am 3. Art. bey dem Treyd-Zehend wegen Fortsetzung des Auszehlens von einem Jahr zum anderen verordnet worden, scheint die Ursach zuseyn, daß, wann nicht beym Blut-Zehend von Jahr zu Jahr die Zehlung gestattet wird, es beym Blut-Zehend selten dahin kommen wurde, daß der Zehend-Herr den Zehenden Theil bekommete, weil gar wenig Bauern seynd, die alle Jahr über 10. Kelber ziglen, daß billig die Zehlung von Jahr zu Jahr zugelassen werden muß.]

Der sibenzehende Articul.

Wer in Zehends-Sachen, sowohl wann es um das Eigenthum, als Innhaben zu thun, Richter seyn solle, ist hiervon in dem Concordaten-Recess An. 1583. mit den inn- und umligenden Bistumen Fürsehung geschehen; Damit aber männiglich dessen Wissenschafft hab, ist solcher Art. des Concordaten-Recess von Wort zu Wort allhier einverleibt, der lautet wie folgt. Also solle auch den Herrn ordinarien in Erkanntnuß der Zehends-Sachen, ihr Recht unbenommen seyn, doch gehören dieselben in etlichen gewissen Fällen, so im Rechten zugelassen, auch für die Weltliche Obrigkeit, als diejenigen, darzu nunmehr die Layen-Recht haben: und da beyde Partheyen, oder der Beklagte allein ein Lay ist: Item in den zeitlichen Zehends-Contracten, da allein die Frücht der Zehenden auf ein Zeit verkaufft oder verlassen werden: Auch da um die Bezahlung oder Ausstand oder Innhaben der blosse Stritt und Frag ist, und des Eigenthums halben nichts eingestreut würde, und was dergleichen Fäll mehr seyn, darüber die Recht, und deren Erfahrne zu hören.

Summaria.

1. In welchen Fällen in Zehend-Sachen ein Weltlicher Richter seyn könne?
2. Ob in Weltlichen Zehenden, und zwar *privative* oder *cumulative*?
3. Was Rechtens, wann die Weltliche Zehend gantz neuerlich wieder in Geistliche Händ kommet?
4. Was Rechtens, wann Weltliche Zehend ein Kirch oder Pfarrern zufallt, ob solche Geistlich werden?
5. Ob ein Weltlicher Richter seyn könne, in denen in Zehend-Sachen getroffnen *Contracten*, oder wann nur wegen der Bezahlung oder sonst die Frag ist?
6. Ob dise Weltliche *Jurisdiction* dem Richter *privative* oder *cumulative* zustehe?
7. Wann die *Quæstio facti* zum Weltlichen Gericht gelangen könne?
8. Ob die *Causæ possessoria* oder Zehenden vor das Weltliche Gericht gezogen werden können?
9. Was Rechtens wann der *Possessions*-Stritt unter zwey Geistlichen Persohnen obwaltet, ob nichts destoweniger der Weltliche Richter angegangen werden könne?
10. Wann das *Possessorium* mit dem *Petitorio* vermischt wird, wer alsdann Richter seyn könne?

1. Diser Art. ist genommen worden aus denen Bayerischen mit denen inn- und umligenden Bistumen Anno 1583. errichteten Concordaten oder Vorträgen, in welchem die allgemeine Regul gesetzt wird, daß denen Bischöffen bey Unterſu-

tersuchung der Zehend-Sachen ihr unbekränncktes völliges Recht verbleiben solle. Aus Ursach, weilen die Zehend ein Geistliche Sach seynd. Dahero in der allgemeinen Regul gantz recht angemerckt wird, daß solche vor das Geistliche Gericht gehören. Es wird doch merckwirdig beygesetzt, daß in gewissen Fällen das Gericht über Zehend-Sachen dem Weltlichen Richter zustehen können, deren nachfolgende erzehlt werden.

Der erste Casus ist, wann die Zehend solche seynd, worüber die Weltliche schon das erlangte Recht haben.

Der andere ist, bey zeitlichen über die Zehend getroffnen Contracten, wann nemlich die Zehend-Früchten auf eine gewisse Zeit verkaufft, oder in Bestand verliehen werden.

Der dritte ist, wo allein von Reichung der Zehenden gehandlet wird, wann nemlich ein Theil widerspricht, daß die Zehenden gereicht worden, der andere Theil aber die Liefferung behaubtet.

Der vierte entlich ist, wann der Stritt in Possessorio allein ist, und vom Petitorio nichts eingemischt wird.

2. Was den ersten Casum betrifft, ist kein Zweiffel, daß nicht der Pabst das Zehend-Recht durch ein besondere Freyheit und Zulassung einem Weltlichen oder Layen überlassen könne, wie gelesen wird, daß vor dem Lateranensischen Concilio oder Kirchen-Rath gar offt geschehen seye, daß denen, die sich um die Kirchen verdient gemacht, zur Danckbarkeit die Zehenden überlassen wurden, in welchem Fall darfür gehalten wird, daß im Zweiffel dergleichen Zehend-Recht mit Authoritat der Kirchen oder des Pabsts die Geistlichkeit ausgezogen habe. Gleichwie nun, da die Geistlichkeit als die Hindernuß gehoben worden, nicht übrig ist, was unter denen Layen so wohl in Ansehung der Causæ als der Persohn das Weltliche Gericht hemmen könnte, so ist gantz recht unter unsern Durchleichtigisten Lands-Fürsten, und unter denen inn- und umligenden Bischöffen bedungen worden, dermögen disen Weltlichen Zehenden bey sich ergebenden Stritt der Gericht der Weltlichen Obrigkeit zustehe. Canis. de decim cap. 18. n. 15. Rebuff. de decim. quæst. 10. n. 31. Covarn. pract. quæst. cap. 35. n. 2. Monet. Tract. de decim. cap. 8. n. 15. Semicent. 2. controv. 26. n. 4.

Und dise Weltliche Jurisdiction, welche bey Weltlichen Zehenden zustehet hat die Weltliche Obrigkeit allein privativè, und keineswegs stehet solche der Geistlichkeit cumullativè zu. Aus Ursach, weilen nach ausgezogner Geistlichkeit solche Zehenden auch die Geistliche Jurisdiction ausziehen, wie in bemelter controv. n. 5. erwiesen wird. Man mag darwider einwenden, was man will. Dann wann der Grund-Stein der Geistlichkeit gehoben ist, so muß alles zerfallen, was darüber gebauet worden. Es ist alldort ein mehrers ausgeführt worden, wann die Zehenden nicht gar sæcularisirt werden (wie insgemein geredt wird) sonder zu Lehen, Leib-Geding, oder dergleichen mit Vorbehalt des Juris directi verliehen werden. Item in dem Fall, wo ein Zweiffel ist, ob die Zehend, welche im Stritt seynd, Weltlich oder Geistlich seyen? Dann in disen Fürfallenheiten ist schwehr, die Jurisdiction der Geistlichkeit abzusprechen. Weßwegen der geneigte Leser bemelte Semicenturiam lesen kan.

Was ist aber Rechtens, wann solche Zehenden, welche, wie unser Art. redet, schon Weltlich gemacht worden seynd, von Weltlichen wieder zu Geistlichen Händen kommen? Und wir antworten, daß, wann der neue Geistliche Besitzer solche als ein Privat-Persohn innhat, nemlich daß er solche nach Gefallen als Weltliche Zehenden wieder in Weltliche Händ überlassen kan, zwar in Personal über dergleichen Zehenden zwischen dem Geistlichen Innhaber, und einem anderen Ansprechen entstandenen Stritt-Händlen, der Stritt zur Geistlichen Obrigkeit gehöre; Aus Ursach, weilen die beklagte Persohn der Geistlichen Obrigkeit unterworffen ist; Aber in Causis realibus daß der Weltliche Richter angegangen werden könne auf solche Weiß, wie in bemelter Semicent. 2. quæst. 11. ausgelegt worden, ist kein Zweiffe zu machen. 3.

Eine schwehrere Frag ist wann einer dergleichen Weltliche Zehenden wieder einer Kirchen, und des Orts Pfarrern überlaßt, in dessen Bezirck die zehentbare Güther ligen, ob nicht die Zehend ihr alte Natur anziehen, und Geistlich werden? Welcher Casus, da er sich einstens zutragete, hat des Orts Pfarrer lieber gewolt, solche Zehend seiner sündhafft und sacrilegischer Weiß erzeigten Tochter im Testament zu vermachen, als seinem Nachfolger zu gönnen. Uns kommt vor, daß die Auflösung diser Frag von dem Willen des Verkäuffers abhange: Dann wann der rechtmässige Herr und Innhaber solcher Weltlichen Zehenden solche der Kirch oder des Orts Pfarrern in dem Absehen überlaßt, daß sie in ihre alte Natur zur nothwendigen oder bessern Unterhalt des Pfarrers hergestelt werden sollen so sehen wir nicht, warum nicht kenne gesagt werden, daß die Zehenden durch Päbstliche Freyheit oder auf andere rechtmässige Weiß benommene Geistlich- 4.

lichkeit wieder hergestelt worden seye, damit die Geistliche Jurisdiction wieder aufstehe? Unterdessen laugnen wir nicht, daß diß so leicht nicht könne præsumirt werden, weilen auch die Pfarrer und Kirchen auch der Weltlichen Zehenden fähig seyn können. Wann also nicht sonderheitlich erwiesen wird, daß die Weltliche Zehenden der Kirch oder dem Pfarrer zu dem Ende zu kommen seyen, daß sie ihre alte Natur erwerben sollen, so vermeynen wir, daß die Zehenden, so einmahl Weltlich worden, solche verbleiben, wann schon sie zu Geistlichen Handen mittelst eines sonderbahren Tituls wieder kommen. Aus welchem erhellet, daß in unsern Art. nicht umsonst die Wort beygesetzt worden, da beyde Partheyen, oder der Beklagte allein ein Lay ist. Dann, wann die wegen denen Weltlichen Zehenden beklagte Persohn Geistlich ist, wie gesagt worden, so ist sie in Personal-Sachen von Geistlicher Obrigkeit nicht exempt, weil nichtsdestoweniger solche der Geistlichen Obrigkeit unterworffen ist, wann schon der Handel selbsten eine Weltliche Sach ist.

5. Was den 2. und 3. Casum betrifft, welche auf eins einschlagen, ist zwar vor zu mercken, daß wider die, so den Zehend geben müssen, kein Richter nöthig seye, wo die Zehend eingestanden werden, nemlich, wann die Zehend nicht abgelaugnet werden, und solche zu weigeren kein Ursach obhanden ist, dann wider einen solchen kan man mit der Execution, oder Geistlichen Bann verfahren. Cap. pervenit 5. cap. 6. & cap. ex parte. 21. item cap. sequenti X. de decim. cap. desum. in clement. remotâ etiam appellatione. cap. 3. & cap. tua nobis 26. in fin. X. de decim. Weilen eine Rechts Regul ist, daß alle Zehend geben müssen. Weilen aber sich viles zu tragen kan, daß wegen der Entrichtung, so Facti ist, ein Stritt entstehet, da der Zehend-Herr solche widerspricht, der Zehend man aber solche behauptet, deßwegen ist der Richter nöthig, und können die Geistliche vom Weltlichen Richter begehren, um den Layen zu Abstattung des Zehenden anzuhalten. Aus Ursach, weilen bey disem Gericht nicht vom Zehend-Recht, noch von der Exemption, oder Privilegio, welches den Lay von der Zehend-Reichung befreyet, sonder ob die Bezahlung geschehen gehandlet wird, welches nichts Geistlich in sich enthaltet. Covar. tom. 2. var. resol. cap. 35. n. 5. Grævæ. ad Gail. conclus. 38. n. 12. Canis. de decim. cap. 18. n. fin. Gutierez in quæst. Canon. quæst. 34. n. 49. & seq.

6. Stehet wohl dise Jurisdiction dem Weltlichen Richter allein privativè zu, oder mit dem Geistlichen Richter cumulativè? Und wir antworten cumulativè, aus Ursach, weilen dem Geistlichen Richter an seinem Recht nichts benommen wird, wann schon dem Weltlichen Richter die Jurisdiction zugleich zukommt. Covar. loc. cit. n. 2. vers. 3. Wo er sagt, daß ein Pfarrer in Quæstione Facti zwey Richter haben könne, den Geistlichen und Weltlichen die Grund-Ursach ist zu finden in Semicent. 2. controv. 28. welche zu lesen ist, damit die Supp nicht zweymahl gekocht werde.

Doch ist merckwirdig zu beobachten, daß alsdann erst die Quæstio Facti vor Weltliche Gericht gezogen werden könne, wann der Beklagte ein Lay ist. Aus Ursach, weilen alsdann nichts in Weg stehet, welches die Weltliche Jurisdiction hintertreiben könnte, der Beklagte nicht, weil er ein Lay ist, auch die Causa selbst nicht, weil in Quæstione Facti von keiner Geistlichen Sach gehandlet wird, welche Qualitæt allein die Weltliche Obrigkeit ausschliesset. Wann aber der Beklagte Geistlich ist, der dem Pfarrer die Zehend widerspricht, und die Frag ist, ob die Bezahlung geschehen seye? Dise gehört keines Wegs vor die Weltliche Obrigkeit. Aus Ursach, weilen, obschon die Zehend wegen ihrer Geistlichkeit nicht in Betracht kommen, weil nur das Factum untersucht wird, doch die Geistliche Persohn des Beklagten verdient, daß der Handel dem Geistlichen Gericht zugehöre, weil die Geistliche Persohn von aller Weltlichen Jurisdiction frey ist, wie wir kurtz hernach weitläuffiger und vollständiger auslegen werden. In gleichem ist zu sagen von jenem Casu, wann die Zehend-Früchten verkaufft, oder in Bestand überlassen werden einer Weltlichen Persohn, welche den Contract nicht haltet, oder diß oder jenes bedungen worden zu seyn widerspricht, daß der Weltliche implorirte Richter wegen des zwischen dem Geistlichen Zehend-Herrn und dem Layen getroffnen Contract eine Untersuchung thun, und den Lay zu Haltung des Contracts anhalten könne. Aus Ursach, weilen der Weltliche Richter nicht über das Geistliche Zehend-Recht, sonder über die Geschicht des Contracts richtet, welches über seine Jurisdiction nicht ist, doch ist abermahlen ein anderes, wann auch der Beklagte ein Geistliche Persohn ist, dann solchen falls gehört der Handel vor Geistliche Gericht, weil die Geistliche Persohn den Handel dahin ziehet, obwohlen der Handel selbsten das Weltliche Gericht nicht ausschliessete. 7.

Hernach sagen wir abermahlen, daß solcher Handel wegen zeitlichen Contracts nur cumulativè und nicht privativè vor den Weltlichen Richter gehöre, wann der Beklagte ein Lay ist, weilen dem Geistlichen Richter in Zehend-Sachen das Gericht und durch Geistlichen Zwang Mittel zu exequiren das Recht zustehet, wann schon nur die 8.

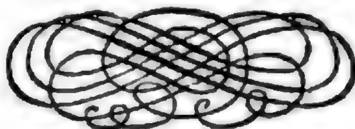
blosse

blosse Geschicht des Contracts bey Gericht untersucht wird. vid. controv. 28. semicent. 2. & plures ibidem citati.

8. Jetzt ist der 4. Casus übrig von Causis possessoriis, welcher weilen in der 25. controvers 2. semicent. à n. 3. usque ad fin. genungsam ausgeführt worden, so setzen wir dem nichts mehr bey, dann was immer mehrere Canonisten darwider einwenden, so macht uns doch ein grössere Authoritæt der zwischen denen inn- und umligenden Bischöffen An. 1583. getroffne Vertrag, Krafft welchem auch das Judicium possessorium dem Weltlichen Richter eingeraumt worden ist. Dann die Possessio einer Sach ist abgesöndert von dessen Eigenthum. L. naturaliter 12. & cap. pastoralis 5. ff. de caus. possess. & propriet. Es versündiget also einer sich nicht wider die Geistliche Recht, der in Causis possessoriis, so mit dem Eigenthum und Geistlichkeit der Zehenden nichts gemeinschäfftlicheres hat, richtet. Wie dann auch in Ehe-Sachen in vilen Fällen, wo allein über das Factum die Frag ist, dem Weltlichen Richter das Gericht gestattet wird. Wie einige Exempel erzehlt Canis. de decim. cap. 18. n. 13. verstehe, wie wir in vorgehenden gesagt haben, und in der Semicenturia mit mehrern ausgeführt worden ist, cumulativè, nicht aber privativè. Dann die Wurtzel, welche in Zehend-Sachen die Geistliche Jurisdiction befugt, wird in Causis possessoriis nicht abgeschnitten, sonder nur in so weit solche das Factum betreffen, auf das Weltliche Gericht erstreckt wird.

9. Dises ist uns wunderlich vorkommen, daß unsere Dicasterien in causis possessoriis über Spitz und Knopf behaupten, daß die Jurisdiction denen Weltlichen Gerichteren zugehöre, wann schon das Judicium possessorium über Zehend-Sachen unter Geistlichen Persohnen bestehet, welches fürwahr ein so handgreifflicher Fehler ist, daß er mit Händen gegriffen werden kan. Dann obwohlen die Causa possessionis, weil sie pur zeitlich ist, das Weltliche Gericht nicht ausschliest, so ist doch ein Ketzer der sagt, daß ein in Causis possessoriis Beklagter Geistliche, dem Weltlichen Richter und unterworffen seye, weilen alles Gericht, so die Persohn eines Geistlichen betrifft, allein der Geistlichen Obrigkeit unterworffen ist. Es ist eine tägliche Sach, wann ich einen Pfarrer oder anderen Geistlichen in Causis Personalibus beklagen will, es mag der Stritt wegen des Eigenthums, oder wegen der Possession seyn, so muß ich den Geistlichen Richter suchen, warumen also soll ich in Zehend-Sachen, welche mehr heylig und befreyt seynd, einen Geistlichen mit Gewalt gleichsam von seinem Richter weg, und vor das Weltliche Gericht ziehen können. In disem unsern Art. ist allein dise Beschwernuß, daß er glathin sagt, daß das Weltliche Gericht befuegt seye, Wann es allein um das blosse Innhaben der Stritt, und die Frag ist. Und disen Fall, wann in Possessorio der Beklagte Geistlich ist, nicht ausnimmt. Es wird aber geantwortet, daß die zu End des Art. gleich bey dem ersten Casu gesetzte Wort zu wiederhollen seyen, Und da beyde Partheyen, oder der Beklagte allein ein Lay ist. Dann, wann in dem Fall, wo die Zhend völlig Weltlich worden, das Weltliche Gericht nicht befuegt ist, wann der Beklagte Geistlich ist; so hat es noch weniger Platz, wann die Zehend Geistlich seynd, und der Geistliche deßwegen in Possessorio beklagt worden ist. Dann allzeit muß der Geistliche in Personal-Sachen vor Geistliche Obrigkeit belangt werden, er mag persöhnlich in Petitorio oder Possessorio beklagt werden. Und unser Art. benimmt der Geistlichen Persohn nichts, sonder allein der Zehend-Sach, daß sie nicht Geistlich könne genennet werde, wann nur um die Possession der Stritt ist. vid. Semicent. 2. controv. 25.

Endlich was gesagt worden vom Possessorio, so vor Weltlichen Gericht Platz hat, das ist Krafft unsers Art. zu verstehen, wann in Possessoria nichts von dem Eigenthum eingemischt wird, dann wann Zehend Possessions-Stritt-Sach mit dem Eigenthum vermischt ist, also daß das Petitorium und Possessorium zugleich tractirt wird, alsdann gehört das Gericht dem Geistlichen Richter zu. Lese doch bemelte controv. 25. Wo ein merckwirdiger Unterschied zu finden ist, wir haben zwar zu End anderer Titlen zu Zeiten einige Fragen, so bey uns öffters vorkommen, zu stellen. Weilen aber solche in semicent. 2. schon sattsam durchsucht worden, so schliessen wir disen Titul, und thun den geneigten Leser an bemelte Semicent. anweisen. 10.



Des XXIX. Tituls

Von Fischerey, auch Schäden, und Diebstahl in Fischereyen.

Erster Articul.

WO fliessende Wasser, See, und Weyer, wider ihren gewöhnlichen Lauff, auf fremde Gründ auslauffen, also daß die Herren, oder Innhaber derselben Wasser mit Schifflein oder Fisch-Zeug, darein oder daraus frey fahren, und fischen könnten, so mögen alsdann die Herren derselben Wasser und Fischerey, sich der Fisch und Fischens darin gebrauchen: so bald sie aber mit ihren Schifflein und Fisch-Zeug nicht mehr frey darein, und daraus fahren kunten, alsdann mögen sie die deren Gründ seynd, der Fisch, so daraus seynd bestanden, woll unterstehen, und dieselbigen fahen, ungehindert der Herren, deren die Wasser, See, oder Weyer seyn. Hat aber jemand neben einem Fisch-Wasser von Alters her Grueben, oder Sümpf, der soll dieselb, wann das Wasser anlaufft, nicht verschlagen, sonder dem Wasser und den Fischen ihren freyen Lauff und Gang lassen, und so alsdann das Wasser selbst also wieder gefallen, und abgeloffen ist, daß die Fisch in der Gruben bleiben müssen, und nicht mehr daraus könnten, und derjenig, welcher sonsten das Haupt-Wasser zu fischen hat, mit Schifflein und Fisch-Zeug aus dem Haupt-Wasser nicht mehr frey darein, und darau fahren mag, alsdann mögen die, welchen solche Grueben und Sümpf zugehörig, dieselben wohl ausschöpfen, und fischen, auch die Fisch behalten, doch daß die Jung-Brut, wieder in das Wasser, daraus sie durch die Güß getragen seyn, werffen. Wo aber mit solchen Grueben und Sümpfen von Alter ein anders im Brauch herkommen, und gehalten worden, darbey soll es forthin bleiben, doch keinem vergunnt seyn, allein von des Fisch-Fangs wegen, ausser anderer seiner Nothdurfft, von neuen solche Gruben auf sein Grund zu machen. Es soll auch dem Grund-Herrn, nach Ablauffung der Wasser-Güß vorbehalten seyn, dieselben seine Gründ wieder einzufahen, und zu verwahren, so fern und weit die Gränitz, und Vermarchung seiner Gründ reicht und trifft.

Summaria.

1. Ob jenerer, der aus meinen Wasser Fisch nimmt, einen Diebstahl begehe?
2. Wievilerley Ort seyen, wo Fisch ernährt, und gezigilet werden?
3. Ob einem jeden im Meer zu fischen erlaubt seye?
4. Ob in offentlichen Flüssen?
5. Ob das Fischen in *privat* Flüssen nicht verbotten seye?
6. Ob jene gestraft werden, welche in fremden See fischen? Und was für ein Unterschied seye, unter einem See, und *Privat*-Fluß?
7. Was ein grosser See, und ein Weyer seye?
8. Was ein Alt-Wasser, und ein Fisch-Behalter seye?
9. und 12.) Ob nicht dem Herrn, nach dem der See oder der Fluß sich ausgegossen hat, erlaubt seye, die Fisch zu suchen, wann er in fremde Gründ ausfahrt, wohin er mit Fisch-Zeug und Schifflein frey ein und Ausfahren kan?
10. Ob dem Herrn erlaubt seye das Schifflein auf der Erden an die mit Wasser angefüllte Gruben führen zu lassen?
11. Ob der Herr des überschwemmten Grunds das Recht hab, in selbem Fisch zu fangen?
13. Wann nach Ablauf des Wassers dem Herrn des über-

überschwemten Grunds ein anderer vorkommen, und die Fisch allda gefangen hat, ob solche disem eigen werden?

14. Ob die Bauern in ihren benachbarten Gründen beym Fluß oder See Grüben machen können, in welche das übersteigende Wasser kan?

15. Ob die Bauern ihre anstossende Gründ vor Anlauff des Wassers verpollwercken können?

1. VOrläuffig gleich wird gefragt, warum diser Titul hiehero an dises Ort gesetzt werde, weil anscheint, daß er mehrers zum Criminal-Process gehörig seye? Und wir antworten, daß unsers Erachtens diser Titul von darumen unter die Burgerliche Statuten, und nicht unter die Criminal-Recht gesetzt worden, weilen die Actio de damno dato ex lege aquilia, wie wir oben ausgelegt haben, meistens Burgerlich ist, und ad rei persecutionem gehörig ist, wie wir oben auch vom zugefügten Schaden in denen Wälderen gesagt haben. Gleichwie nun einer in meinen Waldungen durch Umhau- und Wegführung der Bäumen einen Diebstahl begehen kan, so criminaliter zu bestraffen ist, also auch kan jener, der aus meinen Wässern die Fisch wegnimmt, in das Crimen Furti verfallen, doch solch beydes Verbrechen wird gemeiniglich und absonderlich für das erstemahl nur Burgerlich bestrafft, und also hat es seinen eignen Sitz unter den Burgerlichen Rechten an disem Ort erhalten, und ist nicht zu der Malefiz-Ordnung gesetzt worden.

2. Damit aber diser Titul desto besser verstanden werde, ist zu wissen, daß mehrere Ort gebe, wo Fisch wachsen, oder auch ernährt, und gezieglet werden. Der erste Ort ist das Meer. Der andere Ort seynd offentliche Flüß, dergleichen seynd meistens die Schiffreiche Flüß. Der dritte Ort seynd die Privat-Flüß. Der vierte Ort seynd die See und Weyer. Der fünffte Ort seynd die Alt-Wasser. Der sechste Ort endlich seynd die Fisch-Behalterey en.

3. Was das Meer betrifft, machen die Rechts-Gelehrte das Fischen alldort sowohl dem Göttlichen Recht nach. Genes. 1. vers. 20. & vers. 27. als dem natürlichen Recht nach Can. jus naturale. 7. dist. 1. und dem Burgerlichen Recht nach §. 2. Inst. de rer. divis. L. nemo 4. §. ult. L. riparum. 45. §. ult. ff. eodem jedem frey, also daß einer ein Injuriam begehet, der den anderen im Meer vom Fischen verhindert hat. L. injuriarum. 13. §. si quis 7. ff. de injur. L. 2. §. si quis 9. ff. ne quid in loc. pub. Und, wie einige wollen, daß nichtmahlen durch ein Gesatz, Statutum, oder Gewohnheit ein widriges eingeführet werden könne. dict. L. injur. §. 7. in vers. nullo jure. ff. de injur. Wie Cæpolla in tract. de servit. rust. præd. redet, daß das Element des Wassers allen Menschen so frey seyn müsse, wie der Lufft.

Und eben dises 2. erstrecken auch die Rechts-Gelehrte auf die offentliche Flüß, wovon insonderheit redet der §. flumina. Inst. de rerum divis. Es ist aber bekannt, daß man schon überall von disem Recht abgewichen seye, weilen grosse Fürsten und Herrn ihnen nicht allein in offentlichen Flüssen, sondern auch im Meer selbsten die Herrschafft zueignen, wie die Venetianer im Adriatischen Meer, die Schweden im Baltischen Meer, ꝛc und Krafft solcher Herrschafft, thun sie grossen Nutzen und Einkünfften behaupten, nicht allein mit Zoll, und Mauth, sondern auch mit dem Fisch-Fang, also daß sie solche Recht mit grossen Meer-Schlachten und Kriegen beschützen, wie vor wenig Jahren unter denen Engell- und Holländern ein blutiger Krieg auf dem Meer wegen des Häring-Fangs entstanden; Gewiß jetzt thut der mehrere Theil der Rechts-Gelehrten das Fischen unter die Regalien ohne Anstand zehlen, Krafft des cap. 1. quæ sint regalia. verb. piscariæ. in usib. feud. Und obwohlen andere vor anderen gewissenhaffter seynd, weilen sie nicht das Fischen selbst, sondern die daraus entstehende Einkünfften unter die Regalien rechnen. Sixtin. de regal. cap. 20. Heig. part. 1. quæst. 15. n. 45. So ist doch nur gar zu gewiß, daß grosse Herrn das Fisch-Fang-Recht selbsten in Flüssen ihnen zueignen, und anderen zu Lehen geben, ja so gar das Recht in Flüssen Stein zu klauben zum Kalch brennen, und Sand zu werffen ihnen allein zusprechen, und anderen Privat-Leuthen zu Lehen verlassen, daß also man von alten Recht, Krafft dessen das Fischen im Meer und grossen Flüssen allen gemein gewesen, schon sehr abgewichen, wie dann auch Cæpolla loc. cit. 6. Art. erzehlet, wodurch das Fischen in offentlichen Flüssen einem Privaten zukommen kan, unter welchen dise die fürnehmste ist, wann das Recht zu fischen durch den Fürsten privat gemacht, und dem anderen verkaufft worden, gleichwie nach Zeugnuß des Cæpollæ in dem Garder See das Fischen durch die Herrn von Verona Privat-Leuthen verkaufft worden, und in dem Peruser See verbotten worden, daß niemand darinn fischen soll. Bey unserer Lehen-

Lehen-Stuben werden sehr vil Exempel gefunden, daß das Fisch-Fang-Recht anderen, in offentlichen grossen und kleinen nicht Schiffreichen Flüssen zu Lehen, ja auch in Bestand gegeben worden, daß also weder das Wasser noch der Lufft mehr frey ist. Lese auch den Schneidew. ad dict. §. flumina. 2. Inst. de rer. divis. Balb. de præscript. part. 4. part. 5. princ. quæst. 6. n. 2. & seq. Guido pap. decis. 51. Und von disem Recht zu fischen im Meer, und öffentlichen Flüssen wird in disem unsern Titul nichts verordnet, sondern was folgen wird.

5. Ist 3. allein zu verstehen von Privat-Flüssen, welche Privat-Leuthen zugehören, dann in disen ist anderen das Fischen verbotten, dann gleichwie der Fluß seinem Innhaber zugehört, also auch die Fisch, welche die Früchten wo nicht des Fluß wenigist des Fischens seynd, gehören ihme zu, und also ist der dritte nicht befugt, dem Herrn des Fluß Nutzen zu berauben, wie wir in semicent. 2. von Jagen gesagt haben, obwohlen vor altem das Jagen allen frey stunde, nachdeme aber durch unterschiedliche Titul, und zwar auch mit beschwerlichen nicht allein denen Fürsten, sondern auch Privat-Leuthen solche Recht zukommen, so ist anderen nicht mehr erlaubt, anderen so das Recht zu jagen haben, am Wildprett Schaden zu thun. Und dahero wird in der peynlichen Halß-Gerichts-Ordnung Art. 169. vers. So aber einer, verordnet, daß ein solcher, der in einem Privat-Fluß, wo die Fisch nicht eingesperrt seynd, sondern aus und eingehen können, fischet, nach Beschaffenheit der Persohn, des Facti, oder Fischens entweders an Geld oder Leib bestrafft werden solle.

6. Noch vilmehr 4. werden jene bestrafft, welche in fremden See fischen: Unter einem Privat Fluß, und einem See ist der Unterschied, daß in einem beständig fliessenden Fluß die Fisch den freyen Zu- und Ausgang haben, aber in einem See oder Weyer, wann schon das Wasser zu- und abfließt, seynd die Fisch eingeschlossen, und also versündiget sich jener weniger, der in einem Privat Fluß fischet, als der in einem See oder Weyer fischet, weilen die Fisch im Fluß ihre Freyheit behalten, biß sie gefangen werden, im See oder Weyer aber seynd sie verschlossen, und haben keine Freyheit; Im Fluß gehören die Fisch alsdann erst dem Herrn des Fluß zu, wann sie gefangen werden, im See oder Weyer aber werden sie schon für gefangen gehalten, wie in semicent. 2. von wilden Vich wir gesagt haben, welches sich in Wäldern aufhaltet, wo sie frey wechslen können. Können wechslen, wohin sie wollen, wie man Weydmännisch redet: Wann aber sie in Kältern eingeschlossen seynd, werden sie schon für gefangen gehalten, und gehören jenem zu, der sie einschliessen lassen.

Wann man fragt, was für ein Unterschied seye unter dem Wort See, und Weyer? So antworten wir, es seye ein Unterschied we unter dem grossen, und kleinen, dann ein See ist ein grosser Weyer, ein Weyer aber ist klein. Zum Exempel der Amber See, und der Würmer See, aus welchen zwey Fluß entspringen die Amber und die Würm. Welche weitschichtig seynd, und in vile Herrschafften die Seges genannt, abgetheilt. Dise weite See haben zwar in sich Fisch, werffen doch auch ihren Saamen aus in die Flüß, wovon das Wasser ein- und auslaufft, welches aus deme handgreifflich abgenommen wird, wann das Wasser wegen grossen Regen, oder aus anderer Ursach überlaufft, weilen sodann dise Flüß mehrere Fisch haben, als zur trucknen Zeit, und in vile Meil Weegs den Ziegel fortsetzen. 7.

Das fünffte Wasser-Ort seynd die Altachten, oder Alt-Wasser, welche also entstehen, wann der Fluß die Bach-Mutter ändert, und anderstwo seinen Lauff nimmt, dann das Wasser, nachdem der alte Rinn-Saal verlassen worden, bleibt stehen, mit denen darinn befindlichen Fischen, der alsdann zu einer Pfützen wird, und mit allerhand Moß-Rohren und anderen Geröhret überwachßt, nichts destoweniger werdin darinnen die Fisch lang erhalten, und nachdeme die Erden ausgetrücknet ist, wird solche zu Wiesen oder Weyd gemacht. Das letzte Wasser-Ort ist in den Fisch-Behalteren, wo meistens die Süsseste entweders aus der Erden entspringen, oder auch benachbarten Felsen herkommen, und in verschloßne Grüben aufgefangen wird, und allda die beste und edleste Fisch mit anständiger Aetzung erhalten werden, und wann sie nicht vermehrt, wenigist gemäßt werden. 8.

Vom Meer oder offentlichen Flüssen und deren Fischen, ist uns, wie gemeldt worden, hier die Red nicht, sondern von Privat-Wassern, und vor allem wird in disem Art. von Privat-Flüssen und Seen gehandlet, über welche unser Art. aus der Reformation von Anno 1585. Tit. 2. Art. 1. dise Regul setzt, daß, wann die fliessende Wasser, und ein See wider seinen gewöhnlichen Lauff übersteigen, und fremde Gründ überwässert, ein Unterschied zu machen seye, ob der Herr des überlauffenden Fluß oder See des anderen Grund 9.

nit

mit Fisch-Zeug und Schifflein hin und her fahren könne, oder nicht? Im ersten Fall, ist ihm erlaubt, daß er seine Fisch nachsuchen und fangen mög, in anderen Fall, wird ihm das Nachsuchen der Fisch abgeschlagen; Dessen ist villeicht die Ursach, weilen, so lang des anderen Grund mit Wasser bedeckt ist, er die Nutz-Niessung und Possession des Grunds nicht hat, daß also dem Herrn des überlauffenden Fluß oder See seine Sach zu suchen erlaubt wird, dann wann der Acker, dessen Nutz-Niessung dein ist, überschwemmt ist, so wird dessen Nutz-Niessung nicht allein sondern auch das Eigenthum desselben verlohren. L. si ager. ff. quemadm. ususfruct. amitt. Also daß, wann ich 100. Jahr auf dem Wasser stehe, ich die Possession des Grunds nicht haben kan, also auch der Herr des Fluß oder Sie nicht gehindert werden kan, daß er nicht ober dem Wasser das Seinige suche, und sich vor Schaden zu hüten trachtete

10. Ob aber dise Nachsuchung dem Beschädigten allein alsdann gestattet werde, wann aus dem See, oder seinem Fluß er zur überschwemmten Erden mit dem Schifflein zu und abfahren kan, oder ob ihm erlaubt seye, das Schifflein auf trucknen Boden auf einem Karn zu den überschwemmten Grund überführen zu lassen? Und wir antworten, es sey ein Unterschied zu machen, ob der Herr des überschwemmten Grunds das Eigenthum habe in der umliegenden trucknen Erden, oder ob solche einem anderen zugehöre? In dem ersten Fall, kan der Herr des überschwemmten Grunds verbietten, daß der Herr des Fluß oder See seinen trucknen Boden nicht betretten soll, und wann er diß thut, so injurirt er den Herrn des trucknen Grunds. L. injuriarum. 13. §. si quis 7. ff. de injur. L. 2. §. si quis. 9. ff. ne quid in loc. pub. Cæpoll. de servit. rust. præd. cap. 31. n. 6. Heig. part. 1. 9. 15. n. 17. & seq. In dem anderen Fall, kan unsers Erachtens der Herr des See vom Dritten, dem die anstossende Gründ gehören, Erlaubnuß erhalten, daß ihm erlaubt seye, zu dem überschwemmten Ort mit seinen Fisch-Zeug zu gehen, und das Seinige zu suchen, obwohlen hiervon der Articul nichts sagt, sondern scheint, daß er setze, daß der Herr des See und Fluß aus seinem Wasser in die überschwemmte Ort fahren, und das Seine suchen könne. Aus Ursach, weilen anscheinet, daß die Nachsuchung auf trucknet Erden deßwegen nicht geschehen könne, weil der Herr des Grunds solche verbietten könne, wann also kein Verbott obhanden ist, so kan die Nachsuchung geschehen. Und diß lassen wir um so lieber zu, weilen Cassan. in consuet. Burgund. rub. 4. §. 2. Gloss. tous meubles n. 24. das Widerspihl und dises behauptet, daß einer seine durch Uberfliessung des Wassers verlohrne Fisch auf alle beste Weiß, wie die Hennen und andere flüchtige Thier frey fangen, und selben nachjagen kan.

Und dises erstreckt unser Articul in so weit, daß so lang der Herr des überschwemmten Grunds nicht befugt seye, die durch Uberschwemmung in seinen Grund übersetzte Fisch zu fangen, als lang der Herr des Fluß und See Gelegenheit hat, in den überschwemmten Grund mit seinen Fisch-Zeug und Schiffel zu fahren. Aus Ursach, weilen er so lang das Eigenthum seiner Fisch behaltet, oder wenigist das Recht darzu, als lang er solche nachsuchen kan, und Gelegenheit hat solche nachzusuchen, so lang aber bleibt die Gelegenheit, als lang der fremde Acker unter Wasser stehet, weilen der Herr des überschwemmten Grunds nicht Herr des Wassers ist; Und also den Eingang zum Wasser dem Herrn des See nicht verhinderen kan. Ja Krafft des Text in L. si ager 23. ff. quemad. usus. amitt. verliehrt der Herr des überschwemmten Grunds Possession, und Eigenthum, biß das Wasser wieder ablaufft. Wie unser Art. redet, biß der überschwemmte Grund wieder trucken wird, daß der Herr des See oder Fluß in solchen mit dem Fisch-Zeug und Schiffel nicht mehr kommen kan, dann solchen Falls verliehrt er das Recht zu fischen, weil auf trucknet Erden das Fischen nicht Platz hat, sondern es kan der Herr des überschwemmten Grunds, dessen Possession und Eigenthum nach abgeloffnen Wasser er wieder erhalten, die allda angetroffne Fisch fangen, und solche ohne Widerred des Herrn des See oder Fluß behalten, weil er die Possession und das Eigenthum derselben verliehrt, nachdeme er selbe nachzusuchen, und zu verfolgen kein Hoffnung mehr hat. 11.

Wann man sagt, warumen hier ein Fluß und See ein ander gleich gehalten werden? Wo doch unter solchen ein grosser Unterschied ist, dann die Fisch im See oder Weyer seynd nicht mehr in ihrer natürlichen Freyheit, weil sie nicht entweichen können, sondern für gefangen gehalten werden, als wann sie dem Herrn des See vollständig zugehöreten; Ein anderes ist bey denen Fischen, so in fliessenden Wässern seynd, weil solche ihre natürliche Freyheit haben, und da und dorthin schwimmen können, und können nicht gsagt werden, daß sie dem Herrn des Fluß eigen 12.

seyen, biß sie gefangen werden. So antworten wir, diß seye wahr, wie wir bey dem 3. Art. sehen werden, und schon kurtz zuvor aus der peynlichen Halß-Gerichts-Ordnung gesagt worden, daß der Fisch-Fang aus einem Privat-Fluß eigentlich kein Diebstahl seye, und gelinder gestrafft werde, als der Fisch-Fang aus fremden Weyer, dahero werden die Fisch im Fluß mit denen Fischen im Weyer nicht völlig gleich gehalten, sondern nur was den Uberschwemmungs-Fall anbetrifft, das ist, zu dem Ende, daß der Herr des Fluß, See beyderley Fisch so lang nachsuchen könne, als lang die Uberschwemung dauret, und er das Wasser mit Fisch-Zeug und Schifflen angehen kan, nachdeme aber der überschwemmte Grund wieder in alten Stand gekommen, und nicht mehr zu schiffen ist, so hat der Herr des Fluß und See das Recht nicht mehr, die Fisch nachzusuchen, weil er wider Willen des Herrn über den überschwemmten und in alten Stand hergestellten Grund den Gewalt nicht hat, in Grund einzugehen und auf trucknet Erden die Fisch zufangen, ja der Herr des Fluß hat weniger Recht zu den Fischen des Fluß als zu den Fischen des See, weil, wie wir kurtz zuvor ausgelegt haben, er über die See-Fisch das völlige Recht, und also jus in re: Uber die Fisch im Fluß aber allein das Recht ad rem, und in der Hoffnung gehabt hat, weil vor dem Fang sie nicht in dessen Eigenthum seynd, dem der Fluß zugehört.

13. Obwohlen nun der Herr des überschwemmten Grunds nach abgeloffenen Wasser berechtiget ist, die in seinem Grund gebliebene Fisch zu ergreiffen, und eigen zu machen, wann jedoch ihme ein anderer vorgekommen, und die Fisch vor ihme weggenommen hat, so vermeynen wir, daß solcher die Fisch ihm eigen gemacht habe; Aus Ursach, weilen, da der Herr des See und Fluß nach verloffnen Wasser an den Fischen kein Recht mehr gehabt hat, auch des Herrn des überschwemmten Grunds durch Ergreiffung der Fisch kein neues Recht erlangt hat, der Schluß ist, daß solche dem Dritten, der sie occupirt hat, eigen worden. Ob aber nicht der Herr des überschwemmten Grunds eine Action wider solchen Wegnemmer habe, ist ein andere Frag? Uns kommt vor, er habe ein Action, aus Ursach, weilen unser Art. den Gewalt, solche Fisch wegzunemmen, allein dem Herrn des überschwemmten Grunds zulaßt, glaublich, damit auf einigerley Weiß ihm der Schaden ersetzt werde, welcher durch die Uberschwemmung seinem Grund zugefügt worden; Dann die tägliche Erfahrnuß bringt mit sich, daß die Aecker durch die Uberschwemmung meistens schlechter, ja zu Zeiten auf etliche Jahr unnutzlich werden. Wann man sagt, was diß für eine Action seyn, wodurch der Herr des Grunds den Fisch-Wegnemmer belangen kan? So antworten wir, es sey Conditio ex lege, mit welcher er die Fisch selbsten, wann sie noch verhanden seynd, forderen, oder, wann sie schon verzehrt worden, deren Werth begehrt werden kan.

Doch hat der Durchleuchtigiste Gesatz-Geber vorhinein gesehen, daß die arglistige, und boßhaffte Bauern dise aus der alten Reformation entnommene Erlaubnuß leicht mißbrauchen können, wann sie an Orten, wo sich die Uberschwemmungen öffters ergeben, in denen anstossenden ihren Gründen Grüben graben, worein sich bey Ablauff des Wassers die Fisch zusammen begeben, damit sie mit anderen Schaden ihnen einen Gewinn machen, dahero unser Art. um solchen Boßheiten zu begegnen der in der alten Reformation von Anno 1585. enthaltnen Verordnung weiters beysetzet. 14.

Erstlich daß, wann von Alters her nebst dem Fischreichen Fluß, oder nebst dem mit Fischen besetzten Weyer dergleichen Grüben gewesen, worein das Uberwasser zu fliessen pflegt, dem Auslauff der Wässer kein Hindernuß gemacht, sondern denen Fischen der freye Pass an ihr voriges Ort gelassen werden soll. Aus welchem folget, daß dergleichen Gruben jure servitutis gestattet, und im alten Stand gelassen werden müssen, wann, weilen denen Fischen der freye Pass gelassen werden muß, so folget, daß die Grüben nicht tieffer gemacht, noch eingefüllt, oder sonsten verderbt werden können, Krafft der in jure servitutum bekanntisten Reguln, daß einer in seinem Grund nichts thun könne, wodurch die dem anderen zustehende Servitut unnutzlich gemacht wird.

Wann jedoch die Grüben von Alters hero so beschaffen gewesen, daß nichts destoweniger, da das Wasser fallt, einige Fisch darinnen bleiben müssen, dise fallen dem Herrn des überschwemmten Grunds zu, doch also.

3. Wann der Herr des Fluß oder See nicht selbst mit Schifflen dahin kommen, und die Fisch fangen kan, wovon kurtz zuvor geredt worden, dann sonsten er das Seinige frey suchen kan. Und

Wann 4. der Herr des Fluß oder See von Nachsuchung der Fisch abstehen muß, so ist nichts destoweniger der Herr des überschwemmten Grunds schuldig, daß, wann in den Grüben mit denen Fischen auch Bruten gefunden werden, solche zuruck zu schicken an das Ort, wovon sie in die Grüben durch die Uberschwemmung kommen seynd. Und diß, was bißhero

von

von alten Grüben gesagt worden, hat Platz.

Wann 5. ein anderes nicht durch widrige Gewohnheit und Observanz hergebracht worden, weil der Gesatz-Geber in dergleichen Rechten, welche mehrers in alter Observanz als in Gesatzen bestehen, niemand schaden, oder etwas hat benemmen wollen.

Diß aber 6. ist gäntzlich verbotten, daß die Innhaber anliegender Gründ neuerlich zu fischen dergleichen Grüben nicht machen sollen, allein zu dem Ende, daß sie zur Zeit der Uberwässerung Fisch fangen können; Weil selten die Uberschwemmungen so groß seynd, daß die Herrn der Flüß oder See Gelegenheit haben, auf ihren Schiffen und mit ihren Fisch-Zeug die Fisch zu verfolgen.

Diß Verbott aber 7. wird verstanden, daß es erst alsdann Platz habe, wann die Innhaber der anstossenden Gründen neue Grüben machen wollen, um Fisch zu fangen, dann wann solches ihr eigne Nothdurfft und Nutzen erforderte, so können ja solches die Nachbarn, die das Fisch-Fang-Recht haben, nicht verhinderen, weil einem jeden erlaubt ist, in dem Seinigen zu thun, was er will, dann es kan leicht geschehen, daß der Grund also gelegen, daß beym Regen-Wetter das Wasser durch Deichel oder Gräben nicht kan abgeführt werden, sondern in gewisse Gruben eingeleittet werden muß, damit es versencke, und die Früchten nicht versaufft werden, in welchem Fall, wann die Fluß oder See übergehen, und die Fisch in dergleichen Grüben übertragen werden, welche nicht boßhaffter Weiß, sondern in guter Meynung wegen eignen Nutzen gemacht worden, so ist eben jenes Rechtens, was wir zuvor von alten Grüben gesagt haben.

Letztlich setzt der Art. bey, daß nach verloffenen Wasser, und geendter Uberschwemmung dem Herrn frey seye, seine Gründ, so weit sich selbe erstrecken, wieder zu besseren und einzumachen, welches unsers Erachtens von beyden Herrn zu verstehen ist, das ist, vom Herrn über das Fischen, und Herrn über die anliegende Gründ. Dann gleichwie die Herrn über das Fischen ihre Privat-Flüß und See einfangen und verwahren können, damit das Wasser sogleich nicht überlauffe; also auch muß denen Herrn über die anstossende Gründ erlaubt seyn, durch Aufwerffung einiger Wäll das Wasser abzutreiben, weil ja die Defension mehr erlaubt ist, als der Angrieff, und jener mehr Favor verdiene, der um Abwendung des Schadens, als der um Erhaltung eines Gewinns streittet. 15.

Der anderte Articul.

Ein Altach oder Alt-Wasser ist, wo zuvor eines Fluß Rinn-Saal geloffen, und derselb, uneracht der Haupt-Fluß, einen anderen Rinn-Saal genommen, noch nicht gar ausgetrucknet, oder zu einer Au, oder Weyd worden ist, in solchem Alt-Wasser hat niemand zu fischen, als derjenig, welcher sonsten auf dem Haupt-Wasser zu fischen hat. Und obwohlen ein solch Alt-Wasser mit Grieß also verschütt wäre, daß man aus dem Haupt-Wasser mit einem Schifflein nicht könnte darein fahren, so gebührt dannoch das Fischen demjenigen, welcher die Fischerey auf dem Haupt-Wasser hat, und da er die Fisch aus solchem Alt-Wasser ohne ein Schiff füglich nicht wohl bekommen möchte, mag er ein Schiff über des anderen Grund, wo er am nächsten kan, und zur Zeit, da auf dem Grund am meisten Schaden geschehe, ohne Eintrag und Verhinderung dessen, welchem der anstossend Grund zugehört, wohl tragen lassen, und die Fisch im Alt-Wasser, allermassen wie im Haupt-Wasser, fangen.

Summaria.

1. Wem die Fisch in denen Alt-Wässeren gehörig seyen?
2. Wann einer aus einem Alt-Wasser ohne Schiff die Fisch nicht fangen kan, ob ihm erlaubt sey, über des anderen Grund das Schiffel zu tragen?
3. Was Rechtens seye, und wem die Fisch in Alt-Wässern gehören, welche aus Regen-Wasser in moßechtigen Orten entspringen?

Zuvor haben wir gesagt, es gebe einige Altachten, oder Alt-Wasser, welche gemeiniglich entstehen, wann offentliche oder Privat-Flüß ihren Rinn-Saal veränderen, dann obwohlen alsdann der mehrere Theil des Wassers einen anderen Rinn-Saal nimmt, nichts destoweniger doch bleibt im alten Rinn-Saal einiges Wasser, und zwar in der Menge mit Fischen, und Ziegel, biß endlich der Grund austrücknet, und in ein Weyd abgeändert wird.

1. Nun wird gefragt, wem die Fisch in dergleichen Alt-Wässern gehörig seyen? Und unser Art. antwortet, daß die Fisch jenem zugehören, der das Fisch-Fang-Recht im Fluß hat; Aus Ursach, weil der Fluß durch Abänderung des Rinn-Saals dem anderen sein Recht oder quasi Possession des Fisch-Fang-Rechts nichts benemmen kan; Und weilen solch übriges Wasser ein Theil des Fluß ist, so hat jener, der im Fluß das Fisch-Fang-Recht hat, auch das Recht zu fischen in solchem Alt-Wasser. Aus welchem sich ergibt, daß, wann ein offentlicher Fluß seinen Rinn-Saal verändert, ein Unterschied zu machen seye, ob das Fischen in solchen Fluß zuvor allen frey und gemein gewesen, oder ob die Lands-Fürsten solches Fischen in solchem Fluß ihnen zugeeignet, und anderen zu Lehen, oder im Bestand gegeben haben. Im ersten Fall können die in solchen Alt-Wässern befindliche Fisch von allen gefangen und weggenommen werden, weil das Alt-Wasser von jenem Recht ist, wie das Fluß-Wasser. Im anderen Fall, wird in Alt-Wässern das Fischen denen Lands-Fürsten, oder in deren Nahmen denen jenigen allein gestattet, welchen das Fischen zu Lehen oder im Bestand gegeben worden, gleichwie wir in Schwaben gesehen haben, daß die grosse und Schiffreiche Flüß, so grosse Würbel, und Umschweiff machen, den Rinn-Saal offt änderen, und dergleichen Alt-Wasser machen, wo alle fischen können, ohne Unterschied, weil alldort auch in offentlichen Flüssen das Fischen gemein ist.

Und was wir jetzt von offentlichen Schiffreichen Flüssen gesagt haben, hat noch vilmehr Platz bey Privat-Flüssen, welche mit Nutzen und Eigenthum anderen gehörig seynd, dann es müssen noch vilmehr die in solchen Privat-Alt-Wässern enthaltne Fisch dergleichen Privat-Herrn zugehören, als die Fisch, so im Fluß selbsten seynd; Aus Ursach, weilen die Fisch im Alt-Wasser nicht mehr weichen können, sondern schon für gefangen gehalten werden, wohingegen die Fisch im Fluß, so lang sie hin und her schwimmen können, erst gefangen werden müssen. Und unser Art. erklärt, diß in so weit wahr zu seyn, daß, obschon der alte Rinn-Saal, so zum Alt-Wasser worden, mit Sand und Stein so bedeckt worden, daß man mit Schifflen dahin nicht fahren kan, doch das Recht zu fischen dem vorigen Innhaber verbleibe, der das Recht im Fluß zu fischen hat, ja, wann ohne Schiff die Fisch im Alt-Wasser nicht können gefangen werden, so ist ihm erlaubt, daß er über des anderen Grund ein Schiffel dahin tragen lassen könne. 2.

Man wird sagen, in dem vorigen Art. seye das Widerspihl enthalten, weil ein jeder dem anderen verbietten kan, daß keiner wider Willen seinen Grund betretten soll: Wir antworten, daß in vorigem Art. allein von der Uberschwemmung gehandlet worden, hier aber wird gehandlet von Veränderung des Rinn-Saals. Im ersten Fall verfallt sich das Wasser und Fisch auf fremden Grund, in dem anderen Fall aber bleibt das Wasser und Fisch auf dem Grund des vorigen Innhabers; In fremden Grund kan einer seine Fisch so lang nachsuchen, als lang er solches auf dem Wasser thun kan. Dann nach Ablauff des Wassers im trucknen wird niemand das Fischen erlaubt, aber nach Veränderung des Rinn-Saals bleibt das Wasser im alten Stand, und also dem vorigen Herrn und Innhaber allzeit sein Recht unbekränckt, daß er die allda befindliche Fisch entweders mit Schiff oder auf andere Weiß fangen könne.

Man wird weiters einwenden, daß nichts destoweniger der Herr des anstossenden Grunds berechtiget seye, wann er die Fisch anderst nicht fangen kan, ausser mit Schiff und Fisch-Zeug, den anderen von seinem Grund abzuhalten. Und unser Art. antwortet mit Nein, wann nur durch Ubertragung des Schiffels und Fang-Zeugs dem Herrn des benachbarten Grunds kein Schaden geschicht. Unter beyden Fällen ist ein mercklicher Unterschied, dann bey Uberschwemmung gehören die in fremden Grund ausgeführte Fisch dem Herrn des Grunds zu, wann der Innhaber des Fluß oder See solche zu Wasser nicht mehr verfolgen kan, und also stehet dem Herrn des fremden Grunds das Recht zu verbietten billig zu, daß der ander auf der Erden nicht eintretten soll. Aber bey einem Alt-Wasser, so durch Aenderung des Rinn-Saals gemacht worden, hat der Herr des benachbarten Grunds gar kein Recht, die darinn befindliche Fisch zu fangen erlangt, sondern solches Recht verbleibt dem vorigen Innhaber, kan also selben auf keine

Weiß

Weiß verhindern, daß er nicht zu Land und Wasser suche, was seyn ist, wann diß nur geschieht ohne des anderen Schaden, dann es wäre gar grob, dem anderen nicht zulassen, was ihm nutzt, und keinen Schaden bringt.

Man wird fragen, weil der Art. allein von Eintragung des Schiffel und Fang-Zeugs redet, ob solches alles auch auf einen Karn eingeführt werden könne? Und wir vermeynen, daß eins seye, wann solches nur ohne Schaden geschieht, Krafft der Regul, was mir nutzt, und dem anderen nicht schadet, das ist leicht zuzulassen.

3. Doch redet unser Articul allein von blossen Alt-Wässern, welche aus Abänderung der Rinn-Saalen entspringen, weilen aber dergleichen Alt-Wasser auch entspringen können vom Regen-Wasser in moßechtigen niemand zugehörigen Orten, wo zu Zeiten vile Fisch angetroffen werden, welche entwederś durch anderstwoher beygekommenen Laich gezieglet werden, wie durch die Vögel geschieht, die denen Fischen nachsetzen, und solche in fremde Ort tragen, als da seynd die Aenden, Raiger, und Geyer und dergleichen.

Nun wird gefragt, was wegen solchen Alt-Wässern Rechtens seye? Und wir sagen, daß, weilen solche moßechtige Ort keinem eigen seynd, die allda gewachsene Fisch dem zufallen, der sie zu erst fangt, obwohlen heut zu Tag schier kein Winckel in der Erden ist, der nicht seinen Herrn findet, niergends hab ich doch gesehen, daß jenen, welche an solchen öden Orten und Wüstungen fischen, eine Hindernuß gemacht worden.

Der dritte Articul.

Wer dem anderen seine Fisch stihlt, oder nimmt, aus Weyeren, Gruben, oder Behaltern, und würdet dabey begrieffen, oder deß mit der Wahrheit überwunden, der soll dem, deß die Fisch gewesen seynd, die mit der Zwyfalt vergelten, so vil der Beleydigt mit seinem Eyd betheuert, daß die Fisch werth gewesen seyn, und nichts destoweniger von dem Richter, doch für das erstemahl nur Gerichtlich gestrafft, da aber jemand zum anderenmahl betretten, solcher Diebstahl für ein Vice-Dom-Handel gehalten werden.

Summaria.

1. Wann einer Fisch aus denen Fisch-Kälteren und Weyeren entfremdt, ob er einen Diebstahl begehe, und wie zu bestraffen seye?
2. Weil ein solcher Entfremder an der That muß erdappt worden seyn, wann er entwichen, was das genommene Pfand, und der Eyd probire?
3. Wann einer wegen wiederhollten Fisch-Diebstahl *criminaliter* anklagt wird, ob die Prob durch Pfand und Eyd genug seye?
4. Ob der Beschädigte den Diebstahl oder den Werth der Fisch eydlich schätzen könne?

1. Wir haben oben auch einen Casum gesetzt von den Fisch-Behalteren, wo die Fisch ernährt, und aufferzieglet werden, wegen welchen kein Zweiffel ist, daß nicht die Fisch denen Herrn der Fisch-Kälteren mit vollständigen Recht zugehören; Jetzt unser dritter Art. handlet vom Stehlen der Fischen, aber allein von jenen, welche aus den Weyern-Gruben, oder Behaltern gestohlen werden, und verordnet, daß jene, welche aus denen Weyern und Kältern stehlen, einen straffmässigen Diebstahl begehen; Nach dem uralten Land-Recht cap. 27. Art. 1. hat man dise Verordnung, daß jener, der dem anderen Fisch aus den Weyern, oder Kältern, wo die Fisch eingeschlossen seynd, stihlt, und an der That erwischt wird, oder hierwegen überwiesen werden kan, am Leib müsse gestrafft werden, die Wort des Art. seynd, dem soll man Haut und Haar abschlagen. Ist ein alte Arth zu reden von cörperlicher Leibs-Straff, er thue dann mit 12. Schilling lösen, welche dem Beschädigten, und so vil dem Richter zur Straff erlegt werden müssen. Etwas anderst verordnet die Reformation von Anno 1585. Tit. 22. Art. 2. daß ein solcher am Diebstahl Erdappter, oder Überwießner dem Herrn den doppleten Werth erstatten müsse, soll es mit der Zwyfälte dem, deß die Fisch gewesen seynd, vergelten, und dem Richter für Straff 5. Pfund und 60. Pfenning zahlen. Aus welchem erhellet, daß die Straff in der

Reformation ziemlich erhöht worden; Unser gegenwärtiger Articul bestättiget den Text der Reformation in so weit, daß dem Beschädigten der Fischen doppelter Werth ersetzt werden müsse, die Zwy-falt, oder Zwyspile, oder wie solche anderstwo genennt wird, die Zwy-Gült. Dem Richter aber wird keine gewisse Straff ausgeworffen, sondern diß beygesetzt, daß die Straff nicht criminal sondern allein Burgerlich seyn müsse, das ist, für das erstemahl, wie in kleinen Diebstählen geschieht, wo die erste Correction nur Burgerlich ist.

Wann man sagt, wie also nach unsern neuen Recht diser Diebstahl zu bestraffen seye? So antworten wir, daß dise Straff willkürlich seye, das ist nach Beschaffenheit des Verbrechens, und der Umständ. Dann der ist schärffer zu bestraffen, der vil Fisch gestohlen hat, als jener, der nur ein oder anderen eingeschoben hat. Und welcher die Kälter erbrochen, oder wann sie in einer Mauer oder höltzernen Wand eingeschlossen gewesen, zu solchen eingestiegen ist, als, welcher nur mit Gelegenheit ein oder anderen Fisch heimlich weggenommen hat. Dann dises scheint der Reformation nach nicht zulänglich zu seyn, daß jener, der nur Schneider-Fischel gestohlen hat, eben auch um 5. Pfund und 60. Pfenning bestrafft werden solle, wie jener, der eine gantze Lagel voll von guten edlen Fischen gestohlen hat.

Doch ist ein und anderes bey disem Articul zu mercken: das erste ist, daß der Articul allein von Weyern und Kältern rede, dessen ist die Ursach, weilen das Eigenthum diser Fischen, die in Weyern und Kältern seynd, mit vollständigen Recht dem Besitzer gehörig seynd, weil sie für gefangen gehalten werden. Ein anderes ist, wann einer Fisch im offnen oder Privat-Fluß gefangen hat, in welchem der andere das Recht zu Fischen allein hat, dann weilen, die Fisch in Flüssen in ihre Freyheit bleiben, biß sie gefangen werden, und also das Eigenthum der Fisch jenem zuvor nicht zugehört, dem das Recht im Fluß zu fischen zustehet, deßwegen kan der Fang deß anderen kein Diebstahl gegennt werden, und der Fanger als Dieb nicht bestrafft werden, sonder als ein Beschädiger: was aber diß für eine Straff seye, haben wir oben schon gesagt, daß solche vermög der peinlichen Hals-Gerichts Ordnung willkurlich seye, nach Beschaffenheit des zugefügten Schadens, und Umständen, welche das Verbrechen grösser und minder machen.

2. Andertens ist nöthig, daß jener, welcher in Weyern oder Kältern Fisch entfremdet hat, in der That erwischt, oder deßwegen überwiesen worden. Bey dem Uberwiesenen hat die Sach keinen Zweifel, weil ja ein solcher der Verordnung dises Art. sowohl was die Ersetzung als auch die Straff betrifft, unterworffen ist. Eben dises ist zu sagen, wann der Dieb ist Hand-vest gemacht, und zu Gericht geliefert worden. Was ist aber Rechtens, wann der Dieb ausgerissen und flichtig worden, doch also, daß denen, so ihn gefangen, ein Pfand in Handen gebliben? Und wir vermeynen, daß Krafft des 2. Art. 27. Tit. solches Pfand genug seye, wann die Pfand-Nemmere solches mit ihrem Eyd betheyren können; einen gleichen Text haben wir in Art. 2. Tit. 25. der Land-Recht. Weil das genommene Pfand mit dem Eyd der Pfänder für ein gantze Prob gehalten wird. Und obwohlen diser Art. von vorigen zweyen unterschieden ist, weil hier von Fischen, in vorigen zweyen aber vom zugefügten Schaden an gehackten Bäumen oder vom zugefügten Schaden, an Erd oder Bäum-Früchten, weilen jedoch all dise Verordnung auf ein Zihl abgesehen, daß nemlich dergleichen Verbrechen, welche meistens zu Nacht-Zeit zu geschehen pflegen, wegen Schwehre der Prob nicht unbestrafft bleiben sollen, so haben unsere Land-Recht dise schon von etlichen hundert Jahren hero hergebrachte Gewohnheit (wie aus denen alten Exemplarien der Bayrischen Rechten zu ersehen ist) aufs neue bestettiget, daß nemlich jener, der den Dieb oder Beschädiger in der That erwischt und gepfändt hat, und solches eydlich behörten kan, anzuhören, und der Beschädigte zu keiner weiteren Prob anzuhalten seye, wann nicht der Gepfändte zu erweisen parat ist, daß sein Gegentheil, der das Pfand bey Gericht vorzeigt, solches auf ein andere Weiß zu Handen gebracht habe, wie in obermeldten Articuln, worauf wir uns beziehen, wir weitläuffiger ausgelegt haben.

Und obwohlen 3. diß wahr ist in dem Fall, wo gehandlet wird von einem das erstemahl erdappten Fisch-Dieb, wann jedoch der Diebstahl öffters geschehen zu seyn geklagt wird, so ist dise Prob durch Eyd und Vorweisung des Pfands unsers Erachtens nicht genug. Die Ursach des Unterschieds ist, weil in dem ersten Diebstahl wider den Beklagten man criminaliter nicht verfahren kan, sondern allein Burgerlich, Krafft der Wort unsers Articuls doch soll er für das erstemal nur Gerichtlich gestrafft werden. Aus welchen erhellet, daß, obwohlen wider einen solchen Dieb Actio pœnalis statt hat, doch die Actio criminalis nicht Platz finde. Wann aber der Dieb den 3.

Dieb-

Diebstahl wiederhollet, so wird solcher für criminal gehalten; in criminalibus aber seynd die privillegirte Proben nicht genug sonder werden klärere Proben als des Tags Liecht erfordert. L. fin. Cod. de prob. cap. sciant cuncti 3. quæst. 8. Also daß in solchen auch das Juramentum in supplementum nicht Platz hat. Schneidewinus §. item si quis n. 44. Inst. de act. Aus Ursach, weilen die Verbrechen, welche crimaniliter bestrafft werden, infamiren, die Infamia aber ein grosse Straff ist, also daß ein vollstendige Prob gemacht werden muß.

4. Und diß wird auch in so weit extendirt. 4. daß jener, welcher den anderen am Fisch-Stehlen erdapt, nicht allein mit Eyd probiren könne, daß er den Dieb in der That erwischt, und gepfänd habe, sonder kan auch mit seinem Eyd den Werth der Fischen taxiren, den alsdann der Dieb dopplet ersetzen muß. Aus Ursach, weilen der Werth die Stell der Sach vertrittet. L. si & reum. ff. de petit. hæred. L. incendium 11. Cod. si certum pet. Absonderlich wann die Sach nicht mehr verhanden ist, und die Fisch verzöhrt worden. Mynſ. cent. 3. obſ. 19. Und es geschieht meistens die taxation per Juramentum in Litem §. nunc admonendi. vers. ad exhibit. Inst. quibus alien. licet.

Wann man sagt, daß das erste Fisch-Stehlen in Weyern und Kältern allein Burgerlich bestrafft in Burgerlichen Sachen aber das Juramentum in Litem nicht zugelassen werde. DD. ad L. semper. § in hoc interdicto. ff. quod vi aut clam. L. si quando. Cod. unde vi. Und sonderheitlich in L. in actionibus ff. de in litem juran. so antworten wir, daß wir hier von keinem Contract, sonder von einem Verbrechen handlen, bey allen Verbrechen aber, welche hart zu probiren seynd, hat wider den Verbrecher das Juramentum in litem Platz Schneidew. §. fin. Inst. de V. O.

Man wird weiters einwenden, also wird in solchen Fall, da einer den Fisch-Dieb in der That erwischt, und gepfänd hat, ein doppleter Eyd erfordert. Der erste, wodurch die Pfändung, und der andere, wodurch der Werth der Fisch erwiesen wird. Wir antworten, daß diß in der That nur ein Eyd seye, in sich aber zwey Stuck begreiffe, nemlich den zugefügten Schaden, und dessen Werth, und wäre nichts absurdes, wann wir schon auch einen doppleten Eyd zu lasseten, einen als ein Juramentum suppletorium zu Erfüllung der Prob, und den anderen als Juramentum taxativum, dessen, was die Sach werth ist, welche nicht mehr verhanden, wegen des Verbrechers verjebten Doli, welche dem Juramento in litem Platz macht.

Man wird ferners fortsetzen, es seye absurd, gleichsam in einem Casu zwey besonderе Stuck zulassen, wider den Text in L. 1. & ibi Glossa. Cod. de dote promissa. Wo ausdrucklich enthalten ist, daß zwey besondere Stuck in einem Casu nicht zu zulassen seyen. Wir antworten, daß dise beyde Eyd nicht auf eines abzihlen, daß ein Eyd probirt den Diebstahl, der andere den Werth der Sach, welch beydes ein zerschiedene Sach ist. Hernach wann solch zweyfacher Eyd bey gestohlnen Bäumen, oder bey zugefügten Schaden an Erd-oder Baum-Früchten Platz hat, wie wir oben ausgelegt haben, warum soll nicht auch eben diß Platz finden, bey gestollenen Fischen? Dann in all solchen Fällen streittet gleiche Ursach, und dahero wird dise privilegirte Prob zugelassen, weilen dergleichen Schäden meistens Nächtlicher Weil geschehen, wo keine Zeichen zu haben, und sonsten für das erstemahl, wie gesagt worden, nur Burgerliche verfahren wird.

Der vierte Articul.

WEr dem andern sein Reußen hebt in Wassern, die nicht gebant seynd, der soll dem, deß die Reuß gewest ist, von jeder Reußen ein Schilling-Pfenning geben, und dem Richter die Straff nach ermässigung, er hab Fisch in den Reußen gefunden, oder nicht; Hub aber einer einem Reußen, oder fischte ihme in seinem gebanten Wasser, in was Maß oder Gestalt solches geschehe, und wurde darauf betretten, oder deß mit der Warheit überwunden, der soll dem Kläger den Fang mit der Zwyfpihl vergelten, so vil er mit seinem Eyd betheuret, daß der Fang werth gewest ist, und dem Richter die Buß nach Ermässigung. Doch sollen die See in den alten Gebräuchen bleiben.

Sum-

Summaria.

1. Wie jener zu bestraffen seye, der ein Reußen-wegnimmt?
2. Was Rechtens, wann ein Reußen aus gebauten Wasser weggenommen wird?
3. Wann in gestohlnen Reußen Fisch gewesen, ob der die solche dem Hern der Reußen, oder wenigist deren Werth erstatten müßte?
4. Wann die Reuß in gebauten Wasser weggenommen werden, ob dem Beschädigten der Schaden doppelt ersetzt werden müsse? Und wie das Verbrechen und Schaden erwiesen werden soll?
5. Was für ein Unterschied seye unter dem, der die Reussen aus einen gemeinen Fluß, oder ausgebauten Wasser nimmt?
6. Ob die Fisch im Weyer und Alt-Wasser in ihrer natürlichen Freyheit seyen?
7. Ob die, so die Fisch aus einem Weyer oder Alt-Wasser stehlen, wie die Dieb *criminaliter* zu bestraffen seyen?
8. Ob die Fisch in Alt-Wässern frey seyen, und dem Fanger zufallen?
9. Ob das Fischen-Recht genennet werde ein Frucht der Wasser?
10. Ob jene, welche in *Privat*-Flüssen fischen, von allem Diebstahl, und Schaden-Ersetzung entschuldiget werden?

WIr haben in vorgehendem Art. von diebischen Fischen gered, welche in Weyern und Káltern geschehen, wo die Fisch eigenthumlich jenen zugehören, dem der Wayer oder Kalter eigen ist, weilen in disen Orten die Fisch aufbehalten werden, weilen die Fisch ihre Freyheit nicht mehr haben. Hier wird von einer anderen doppleten Gattung der Fisch gehandlet, welche in Reußen gefangen werden, und von Fischen, welche in den Ban-Wässern gefunden werden. Die Reußen werden genennt, die Körb, so langlecht von Widen und Gestreiß-Holtz gemacht werden, deren der hintere Theil spitzig, und der vordere breit ist, wo der Eingang leicht ist, weilen sich die Widen leichtlich biegen, der Ausgang aber hart, weilen die Widen im Korb zusammen gehen, die Teutschen nennen mit unsern Art. die Reußen.

1. Was die Fisch betrifft, welche in Reußen gefangen werden, hat der letzte Art. der uralten Bayrischen Rechten von An. 1300. (in welchem Jahr hundert bemelte Statuten gedruckt worden, obwohlen sie zuvor schon gemacht waren) dise Verordnung, wer dem anderen sein Reußen hebt, in fliessenden Wasseren, der soll dem, deß die Reußen gewesen seynd, von jeder Reußen 12. Pfenning geben, und dem Richter auch als vil, er hab Fisch in der Reußen funden, oder nicht, in der alten Reformation von An. 1585. ist gleichfalls die Straff auf 12. Pfenning gesetzt; Aber in unsern neuisten Statuten ist solche auf einen Achtl-Gulden eingeschränckt worden, so auf teutsch ein Schilling genennt wird, und 7½ kr. oder 30. Pfenning ausmacht. Aus welchem erhellet, daß die Straff in etwas erhöht worden, obwohlen die Gelder so offt verändert worden, daß kaum mehr eine Gewißheit in Anrechnung derselben zuhaben ist. In unsern Vatterland werden noch heut zu Tag die Rechnungen in mehristen Orten nicht nach Gebrauch der jetzigen Gulden, sonder nach der Pfund-Pfenning eingerichtet, wo ein Pfund 68. kr. 2. Pfenning in sich enthalte. In disem Art. geschieht eine Meldung von einem Schilling, so ein Achtel eines Guldens ist. Ob aber unser Art. vom alten Pfund rede, so um 8. kr. und 2. Pfenning mehr ausmacht, als ein jetzigen Gulden, das ist bißhero so gewiß nicht, weil der Art. weder eines Guldens, weder eines Pfunds Meldung thut, sonder glathin vom 8. Theil meldet; Weilen aber der Zeit insgemeiniglich der Schid-Müntzen bedienen, in Ansehung der gebrauchlichen Gulden, deren jeder 15. Batzen oder 60. Kreitzer ausmacht, deßwegen vermeynen wir, daß auch unser Art. also zu verstehen, und die Straff eines Reußen-Diebs über 7½ kr. nicht zu setzen seye.

2. Doch ist zu mercken, daß der Art. welcher in der alten Reformation gesetzt, als hier in den neuen Bayerischen Statuten widerholt worden, einen Unterschied mache, unter gestohnlen Reußen aus gebanten Wässern, und nicht gebauten Wässern: Was das Wort Bann anzeige, haben wir schon oben in etlichen Articlen ausgelegt, absonderlich aber in Art. 3. tit. 23. wo wir gesagt haben, daß das Wort Bann nemlich Bann-Holtz, Bañ-Wasser, Bañ-Mühl, nichts anderes heisse, und anzeige, als eine eigne dem Innhaber mit vollem Recht zustendige Sach, in welcher, wie unsere Recht reden, die præscription erfüllet worden, da einer Nutz und Gewehr ersessen hat. Es præsupponirt also unser Art. daß einem zweysach das Recht zu fischen zu stehen könne in einem Fluß, entweders Jure proprietatis als in einem Bann-Wasser, oder aus einem gemeinschäfftlichen Recht so allen oder mehreren zustehet. Wann einer Reußen in einen offentlichen Fluß, so allen oder mehrern gemein ist, eingelegt hat, da findet die erst gesetzte Regul Platz, daß jener welcher fremde Reußen gehoben, für jedes neben

ben der Straff, welche dem Richter vorbehalten wird, einen Achtl Gulden bezahlen müsse, wann er schon darin nichts gefunden hat; Die Ursach, warum ein solcher nicht so gestrafft werde, wie jener, der aus einem Bann-Wasser die Reuß gehöbt hat, ist dise, weilen ja dem Innhaber in Bann-Wasser, als Eigenthum mehr Recht zustehet, als in einen Gemeinds-Wasser, welches jedem frey ist; ist sich also nicht zu verwunderen, wann ein solcher schwehrer gestrafft wird.

3. Aber was ist Rechtens, wann in den gehobenen Reußen Fisch gewesen, kan wohl der Dieb die Fisch behalten, und sich mit Bezahlung des Achtl-Guldens von Ruckstellung der Fischen frey machen? Dise Frag scheint von darumen schwer zu seyn, weilen die Fisch in freyen Fluß nicht können gesagt werden einem anderen zugehörig zu seyn, biß sie von ihm gefangen worden. Da wir noch zu Ingolstadt in studiis waren, wurden in der accademischen Stuben diser Casus vorgetragen; Es war einstens ein Bauer, der seinen Esel auf die Weyd treibete, an ein Ort, so nah am Wald ware, welcher da weydete, aus dem Wald ein Wolff heraus sprange, und hat des anderen Gaiß, so auf der Höhe auch weydete, angegriffen, dem sich die Gaiß widersetzte, und dem Wolff also angefallen hat, der Gaiß-Herner durch die Khinbacken in den Rachen hinein gegangen, also daß beyde Bestien an einander hangend über den Bichl hinunter gefallen, wo der Esel weydete, also daß auf einer Seithen des Esels der Wolff, und auf der anderen Seithen die Gaiß dem Esel über den Ruggen hangeten; der Esel, da er ab solchem Last erschrocken, in seinen Stall geflohen, wo der noch lebende Wolff durch den gleich darzu gekommenen Bauern-Knecht umgebracht, nun ware bey der Disputation die Frag, ob der Wolff dem Herrn des Esels, oder dem Herrn der Gaiß, oder dem Knecht, zugehöre? Und wäre geschlossen worden, daß der Wolff gehöre dem Knecht, als der den Wolff occupirt hat, also auch, weilen die Fisch im Fluß, wovon die Red ist, von jenem, der die Reußen gelegt hat, noch nicht accusirt worden, so scheint nicht, daß sie ihme zugehören, sonder der solche ausgenommen, und hiedurch die Fisch sein gemacht hat. Und dahero kommt es villeicht, daß unser Art. von Ruckgebung der Fisch nichts sagt, sonder glathin in beyden Fall, es mögen in den Reußen Fisch gewesen seyn oder nicht, den Reuß Ausnemmer allein um einen Schilling strafft. Dessen doch ohnerachtet vermeynen wir, daß die Ruck-Gab der in Reußen eingeschlossenen Fischen vor allem geschehen, wann sie verhanden seynd, oder, wann sie verzehrt worden, deren Werth bezahlt werden müsse. Aus Ursach, weilen die Rechts-Gelehrte jenes gemeiniglich von Jagen lehren, daß nemlich das wilde Thier, so in meine Garn fallet, mir zugehöre, wann schon ein anderer mir vorkommen, der das Thier in meinen Garn getödtet und zu erst occupirt hat. Aus Ursach, weilen, was durch meine Instrument ertappt, eins ist, als wann solches mit meinen Händen gefangen hätte, ingleichem also auch die Fisch, welche in meine Reuß eingangen seynd, werden für gefangen gehalten, nicht anderst, als wann ich sie mit eigner Hand gefangen hätte. Das oben angeführte Exempel thut zur Sach nichts, dann weder der Esel, oder die Gaiß Instrument seynd, womit die Wölff gefangen werden, noch auch dise Thier dahin geschickt worden, daß sie einen Wolff fangen, sonder daß sie weyden, und ist zufälliger Weiß der Wolff gefangen worden, also daß der Wolff dem ersten Accusanten zu gefallen. Es verdient auch keine Consideration, daß der Art. von Ruckstellung der Fisch nichts sagt, dann wann das Eigenthum der Fischen dem Herrn der Reußen erst besagter massen zugehört, so ist an sich selbsten klar, daß der andere die Fisch stehle, und fremde Sach wegnemme, welche allzeit zuruck gestellt werden muß ohne alle Ausnahm, und wird der Achtel Gulden zu Ersetzung des Schadens nicht gegeben, sondern allein zu Ersetzung der Injuri, welche dem Herrn der Reuß durch Wegnemmung derselben, welche wissentlich fremd waren, zugefügt worden.

4 Was den anderen Casum des Art. anbelangt, wann die Fisch-Reuß aus gebanten Wässern weggenommen werden, verordnet der Art. daß, wie immer solches geschieht, dem Beschädigten der Schaden doppelt ersetzt werden müsse, wo wieder die vorige Wort beygesetzt werden, wann der Dieb in der That erwischt, oder deßwegen überwiesen worden, mit Vorbehalt der Richterlichen willkürlichen Straff, woraus unsers Erachtens folget, daß auch in disem Casu 1. die Prob gemacht werden könne nicht allein durch wirckliche Hand-Anlegung, wie wir zuvor gesagt haben, und vor Gericht-Führung des Betrettenen, sonderen auch durch Pfand-Nemmung mit dem Erfüllungs Eyd. Dann wann dise Prob zugelassen wird bey Erd- und Bäum-Früchten, auch bey gehackten Holtz, warum soll sie nicht auch bey gestohlenen Fischen zugelassen werden? Weilen der Schaden der Früchten und Holtz ein grössers ausmachen kan, als der Schaden der Fisch, welche in Reußen wenig und selten gefangen werden. 2. wird unsere kurtz zuvor ausgeführte Meynung besteiffet, daß der Dieb die Ruck-

gab der in Reußen gefundenen Fischen thun müsse, dann in dem Zweyfachen, dessen Ruckgab dem Dieb auferladen wird, ist das Einfache begriffen, folgt also für sich selbsten, daß solcher Diebstahl die Restitution nach sich ziehe. Wann mann vermeynt, ein anderes seye zu sagen von denen in freyen Wasser gewachsenen Fischen, und ein anderes, welche in bannirten das ist eignen Wasser seynd. So antworten wir, es seye auf die Qualitæt des Wassers nicht zu sehen, sonder auf die Qualitæt des Verbrechens, dann der mir die im freyen Wasser gefangene Fisch stihlt, oder in meinem eignen Wasser, der stihlt mir, was mein ist, so mir zuruck gegeben werden muß. Unter dessen 3. widersprechen wir nicht, daß jener schwehrer sich verfälle, der die Reuß in eignen Wasser wegnimmt, als in einem gemeinen freyen Wasser, weil der Dieb in eignen Wasser gar kein Recht hat, in gemeinsamen Wasser aber hätte er eben dise Fisch fangen können, welche als gefangner er dem anderen abgenommen hat, in beyden Fall jedoch hat er dem anderen sein Sach genommen, und in der That ein Spolium begangen, so vor allem wider restituirt werden muß. 4. In disem letzteren Casu lassen wir auch auf gleiche Weiß den Beschädigten, um das Spolium nebst Vorzeigung des Pfands zu probiren sowohl, als auch um den Schaden zu taxiren, wann die Sach nicht mehr verhanden ist, zu obbemelte Eyd zu, obs nur einer oder zwey seynd, weilen gleiche Ursach obwaltet, welche in Fällen, da Erd, und Baum-Früchten, gemachtes Holtz, gefangene Fisch, weggenommen, oder andere Schäden heimlich zugefügt worden, Platz findet, wie wir in unserm gantzen Werck schon öffters gesagt haben. Ja 5. wann einer in meinem bannirten Wasser mir die Reuß hat stehlen wollen, darinnen aber nichts gefunden, der muß mit ebenfalls den Achtl-Gulden bezahlen, um jede lehre Reuß, als wie im vorigen Casu, wo er meine Reuß aus dem offentlichen Fluß, oder gemeinsamen und freyen Wasser gehebt hat. Aus Ursach, weilen ein solcher Dieb, der meine bannirte Wasser antritt, ja ärger ist, als jener, der die gemeinsame freye Wasser besucht. Warumen nun soll
5. er nicht mit gleicher Straff belegt werden? Wann man 6. sagt, es seye also kein Unterschied unter dem Dieb, der die Reuß aus gemeinen Wasser, und der aus bannirten Wasser entfremdet? Wir antworten, daß der Unterschied allein seye, daß der Dieb im bannirten Wasser in die Zweygilt, oder Zwyspilt, verfällt werde, der andere aber, der aus dem gemeinsamen und freyen Wasser stihlt nur um einen Schilling angehalten werde, es kan aber geschehen, daß der Fisch-Fang, oder deren doppleter Werth den Schilling weit übertreffe. Entlich 7. hat auch der Richter die Erlaubnuß, daß er wider den Dieb in bannirten Wässern nie grössere Straff erkennen könne, als wider den Dieb aus freyen und gemeinen Wässern, weilen in unsern neueren Statuten dem Richter nicht gewisse Pfenning vorgeschrieben, sondern ihm die Freyheit gelassen worden, die Straff nach Beschaffenheit der Umständ zu mehren und zu minderen, wie unsere jetzige Statuten solches allzeit sehr vernünfftig anordnen, weilen die Straffen nach Beschaffenheit der Verbrechen abgemessen werden müssen.

Und aus deme, was wir über disen 6.
gantzen Titul weitläuffig geredet haben, erhellet, daß der Hochwürdige Pater Reginaldus Schöttl P. P. Reformatorum zu Ingolstadt Professor in seinen neulich allda zur offentlich Disputation ausgestelten Thesibus ein und anderes fremdliches einfliessen lassen. 1. da er Scrupulo 9. n. 53. sagt, daß die Fisch in Weyer und Alt-Wässern in ihrer natürlichen Freyheit seye, wie sie in Flüssen seynd, und also denen Fangern eigen werden, welches handgreifflich wider unsere Land-Recht lauffet, wie bey dem 2. und 3. Art. ausgelegt worden, dann, was die See und Weyer betrifft, werden alle darinn enthaltene Fisch für gefangen gehalten, können auch nicht mehr ausweichen, wie kan also mit Vernunfft gesagt werden, daß sie denen Fangern eigen werden? Meistens kauffen die Herrn oder Innhaber der See oder Weyer die Sätzling theur, und setzen sie in ihre Weyer, damit sie allda wachsen, und gemäst werden, nicht daß sie frey jedem zum Fangen ausgesetzt werden, und weilen sie wahrhafft jenem eigen seynd, der nicht allein über die Weyer, sonder auch über die in die Weyer geworffene Fisch Herr ist, so können solche Fisch von niemand dann vom Herrn selbsten gefangen und eigen gemacht werden.

Das anderre ist, weil er darfür haltet, 7.
daß Kayser Carl der Fünffte in seiner peinlichen Hals-Gerichts Ordnung verordnet, daß jener, der im fremden Weyer fischt, eines Diebstahls schuldig, und wie ein anderer Dieb criminaliter zu bestraffen seye, handgreifflich fehle, ja er ist so keck, daß er dem Kayser Carl den Gewalt disputirt, einen solchen für einen Dieb zu erklären, als wann gleichsam ein solcher Fisch-Dieb, der die Fisch aus denen Weyern wegnimmt, vilmehr ein gutes und verdienstliches Werck begehete, als daß er eine Criminal-Straff verdiene; wo doch nur gar zu gewiß ist, daß die Fisch in Weyern keine Freyheit haben, dem Herrn des Weyers eigen, und nicht anderst gefangen seyen, als, wann sie in einer vermaurten, oder mit Bretteren verschlagenen Fisch-Behalteren wären.

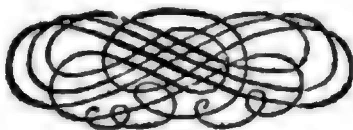
Wann

Wann unser 3. Art. dises Tituls von ihm wäre gelesen worden, so wurde er gefunden haben, daß eben dises mit ausdrucklichen Worten scharff verordnet worden, daß die, so aus Weyern Fisch stehlen, jenen gleich seyen, die Fisch aus Fisch-Kältern stehlen, und also daß sie wahre Dieb seyen, und welche das zweytemahl solchen Fisch-Fang wagen, criminaliter gestrafft werden müssen.

8. Das dritte befremdliche ist, von denen Alt-Wässeren, wo der Hoch-Ehrwürdige P. Præses die Fisch wie in Weyeren frey macht, und solche denen Fangern zuspricht, welches Schnurstracks wider unsern 4. Art. lauffet, welcher ausdrucklich verordnet, daß die Fisch, welche nach geänderten Rinn-Saal des Fluß im Alt-Wasser verbleiben, jenem zugehören, der zuvor im Fluß zu fischen das Recht gehabt hat, es ligt auch nichts daran, daß solche bißhero von niemand gefangen worden, dann eben darum, weil sie nicht mehr auskommen können, und für gefangen gehalten werden, so wird deren Eigenthum Krafft unsers Art. dem Herrn zugesprochen, der zuvor im Fluß zu fischen berechtiget gewesen, jener ist nicht anderst als für einen Dieb zu halten, und zu tractiren, der dem anderen sein Recht nimmt, und einen neuen Titul zum Fisch fangen erdichten will.

9. Das 4. befremdliche ist, daß er unsere grosse Rechts-Gelehrte den Harprecht und Waitzenckher eines Fehlers beschuldigen will, da sie sagen, daß die Fischerey ein Wasser-Frucht seye. Gewiß die Fischerey ist kein Frucht des Luffts, oder Erden, noch weniger des Feuers, muß also ein Frucht des Wassers seyn, wo nicht Theologicè und Physicè, wenigist Burgerlich. Diß lehret die tägliche Erfahrung, da bey allen Güther Einschetzungen für die Weyer-Nutzungen die Fisch in Anschlag gebracht werden. Dann was kan sonsten aus dem Wasser für Nutzen geschöpft werden, ausser an Fischen. Und obwohlen wir das zugelassen haben, daß die Fisch, welche im Fluß seynd, wo sie aus- und ein gehen können, eigentlich durch den Fang ihre Freyheit verliehren, und dem Fanger eigen werden, welches sein Fundament hat in grossen und Schiffreichen Flüssen, wo das Fischen gemeinsam ist.

10. Diß aber ist das 5. befremdliche, daß der Herr Præses jene, welche in Privat-Flüssen fischen, von allem Diebstahl und Ersetzung des zugefügten Schaden entschuldige, weil er widerspricht, daß die Fisch-Früchten seyen, dann, obschon aus dem Wasser die Fisch nicht wachsen, sonder auch deren samlen, so kan doch diß auf keine Weiß gelaugnet werden, daß die Fisch-Früchten des Rechts zu fischen seyen. Wann nun ich in einem Privat-Fluß das Recht zu fischen hab, welches ich villeicht Titulo oneroso erworben hab, so begehet jener, der mir aus dem Wasser die Fisch entzieht, einen warhafften Diebstahl, und nimmt mir mein Recht, weil ein solcher mich an dem Nutzen und Gebrauch spolirt, wo nicht an meiner Sach, doch wenigist an meinem Recht, und also reden die Rechts Gelehrte, welche sagen, daß die Fisch-Früchten des Wassers seyen, nicht zwar wahrhafft, und eigentlich des Wassers, sondern seynd warhafft Früchten des Rechts Fisch zu fangen, welches mir in bemelten Wässeren, wie supponirt wird, entweders jure proprietatis, oder sonstigen Recht rechtmässig zustehet, daß also ich die Restitution der Fisch, und wegen zugefügter Bekränckung meines die billigmässige Satisfaction begehren kan. Gewiß wir glauben nicht, daß ein Theologus so weiten Gewissens seyn werde, der approbire, daß unser Wasser, in welchem auf ein Meil-Weegs das Recht privativè zu fischen wir um etwann 1000. Thaler par Geld unlängst erkaufft haben, von darumen, weilen die Fisch keine Früchten des Wassers seyen, anderer Freyheit und muthwilligen Wegnemmung offen stehen solle. Es müssen also die Beicht-Vätter behutsam und klug darein gehen, damit sie nicht die Porten zum offentlichen Rauben und Stehlen eröffnen. Dann in vorgehenden haben wir schon gemeldet, daß die Völcker-Recht schon also in Abgang gekommen, daß kein Winckl auf der Erden mehr übrig ist, welcher nicht seinen Herrn hat, und die grosse Herrn ihnen gleichsam das grosse Meer also um so mehr auch die Flüß, und übrige Wasser eigen gemacht haben, ja so gar den Lufft selbsten, wann möglich wäre, thäten sie abtheilen, welcher villeicht von darumen frey gebliben, daß solcher jenen könne mitgetheilt werden, welche anderen ihre Recht durch dergleichen schlechte Entschuldigungen, wo nicht völlig entziehen, wenigist doch minderen, und bekräncken wollen. Hiervon aber seye genug geredt.



Des XXX. Tituls

Von Wagen-Leuthen, Wägen, und Wein-Fuhren.

Erster Articul.

WO zweyen geladen Wägen gegen einander fahren auf der Straß, und entgegnen einander, auf einem engen Weeg, da sie nicht wohl einander weichen mögen, welcher dann die bessere Abfahrt hat, der soll dem anderen weichen, ob er es thun mag. Kunte er aber allein nicht weichen, so soll ihm der andere helffen, biß daß er fürkommt, daß sie beyde ohne Schaden bleiben; Wer das aber überführe, und der ander dessen zu Schaden käme, der soll dem anderen seinen Schaden abthuen, und es dem Gericht büssen, nach Ermässigung.

Summaria.

1. Wann zwey Wägen auf offner aber enger Straß einander begegnen, wer aus denen Fuhrleuthen dem anderen weichen müsse?
2. Wann einer zum Ausweichen des anderen Hülff nöthig hat, ob er helffen müsse?
3. Wie jener zu bestraffen seye, der aus Halsstärrigkeit nicht weichen will, und dem anderen schadet?

1. SEhr offt geschieht, daß die Fuhren, und Fuhrleuth auf offnen Strassen ein ander begegnen, zu Zeiten auch in engen Weegen, daß zwey Wägen, so einander begegnen, nicht durchfahren können, sondern einer dem anderen weichen muß, welches meistens zu geschehen pflegt, in Bergen und magern Bichlen, wo beyde Seiten wie die Wäll in die Höhe stehen, der Weeg aber so eng und tieff ist, daß die Axen an beyde Seiten anstossen, also daß kein Mensch noch weniger ein Wagen dem anderen weichen kan. Die Teutsche nennen solche Weeg die Holl-Weeg. Nun wird in disem Art. gefragt, welche Fuhr der anderen weichen müsse? Unser Art. ist schier von Wort zu Wort aus dem alten Bayrischen Land-Recht-Buchs cap. 27. vers. Wo zweyen entnommen, und erstlich in die Reformation von 1585. und entlich hieher in die neueste unsere Land-Recht übersetzt worden, worinn entschlossen wird, daß jener aus den Fuhr-Leuthen mit seiner Fuhr weichen müsse, welcher bessere Gelegenheit zu weichen hat, welches vernünfftig ist, dann weilen der Gebrauch der offnen Land-Strassen gemein ist, daß keiner vor dem anderen mehr Recht begehren kan, so folgt, billig zu seyn, daß in gleicher Sach jener Platz mache, welcher solches mit geringerer Mühe thun kan, unterdessen doch setzt der Ar-
ticul bey, daß, wann einer zum Auswei- 2.
chen des anderen Hülff nöthig hat, solcher helffen müsse. Aus Ursach, weilen beyden daran gelegen ist, und also mit gemeiner Arbeit und Fleiß das Ausweichen geschehen muß. Wir aber haben offt gesehen, daß die Fuhr-Leuth so halßstärrig gewesen, daß keiner dem anderen, wo es doch leicht hätt geschehen können, um einen Schritt weichen, sondern ehender den Stritt mit Rauffen und Schlagen enden wollen, also daß sie ein ander blutige Köpff gemacht, und wie die alte Statuten reden, einander Haut und Haar abgeschlagen haben. Welches ja grobes Bäurisches und um so mehr unerträgliches Verfahren ist, wann die Fuhren in einem glatten und breitten Weeg einander begegnen, wo man beyderseits ausweichen kan, doch keiner dem anderen weichen will, und dise hartnäckige Köpff um den Vorrang mit einander also streitten, als wann gleichsam zu Rom der Hispanische Gesandte dem Frantzösischen begegnete. Mir ist einstens widerfahren, daß mir in höchsten Bergen Fuhr-Leuth begegneten, wo wir schier 2. Stund lang gestritten haben, wer dem anderen mit den Fuhren weichen müste, wir seynd in Abfahren des Bergs gewesen, und sie im Auffahren, und haben sich haupt-

hauptsächlich auf das bezogen, daß der Brauch seye, daß der absahrende Wagen dem auffahrenden weichen müsse, wegen der grösseren Gefahr, welche ist bey Zuruck-Ziehung des Wagens hinab, als hinauf, wir aber haben widersetzt, daß ein wenig hinunter ein weithes Ort seye, wohin die Wägen füglich gebracht werden können; sonst ist der Brauch bey dergleichen engen Orten und Bergen, daß die Reisende ein ander entweders durch Zuschreyen oder Schnalzen der Gaißel ein Zeichen geben, welches wir gethan, die andere aber entweders aus Boßheit und Verachtung, oder aus Unachtsamkeit unterlassen haben, die Sach wäre zu Schlägen kommen, wann nicht die Gegnere gesehen hätten, daß wir obwohlen an der Zahl wenigere doch mit Gewöhr wohl versehene ihnen überlegen weren, daß sie entlich gewichen, und ohne Beschwehrnuß den an der Seiten gewisnen Ort angenommen. Unser Art. sieht allein auf das, welcher aus denen einander Begegnenden bessere Gelegenheit zu weichen hat, sie mögen einander auf der Weithe in Bergen, oder Holl-Weegen begegnen. Ist also nicht zu zulassen, daß die Parthenen einen Reputations-Stritt anfangen, weil zu Zeiten die Pfarrer, die Dorffs-Richter, Burgermeister, und Gerichts-Schreiber ihnen einbilden, daß ihre Fuhren privilegirt seyen, und einen Vorrang haben, also daß mit ihnen um den Vorrang gleichsam zu streitten ist, welches wider unsern Art. ist, welcher nicht auf die Würde der Persohnen, sonder auf die Christliche Lieb sieht.

Wie ist aber jener zu bestraffen, der nicht parirt? Wir antworten, daß Krafft unsers Art. ein solcher allen Schaden ersetzen müsse, welchen der andere wegen dessen Halsstärrigkeit leidet, so unterschiedlich geschehen kan, entweders da die Wägen verrissen die Pferd beschädigt, oder da man an der Reiß verhindert wird etc. Und über das verfallt ein solcher dem Richter in willkurliche Straff nach Beschaffenheit der Umständ: In dem uralten Bayrischen Recht ist die Straff 72. Pfenning gewesen, welche in der Reformation von An. 1585. tit. 39. art. 1. wiederholt worden. 3.

Der andere Articul.

So ein geladner Wagen, gegen einem leeren Wagen fährt, oder ein geladenes Roß einem leeren begegnet auf der Straß, so soll der leere Wagen oder das leere Roß dem geladnen, auch ein leer oder gering Gefährt, einer Gutschen auch der Post weichen. Thäte es jemand nicht, und nemme der andere dessen Schaden, den soll er ihme abthun, und es dem Gericht büssen, nach Ermässigung.

Summaria.

1. Ob ein leerer Wagen dem Beladenen weichen müsse?
2. Was Rechtens, wann solcher aus Halsstärrigkeit nicht weicht, sonder dem anderen schadet, ob solcher den Schaden ersetzen müsse? Und Krafft welcher *Action*?

1. Die vorgemachte Verordnung wird in disem Art. dahin extendirt, daß, wann ein geladener Wagen einem leeren begegnet, der leere dem beladenen weichen müsse, aus der natürlichen Ursach, weil die Christliche Lieb erfordert, daß man auf den Nägsten jenes, was ohne grossen Beschwerde nicht geschehen kan, nicht überschieben solle, was man selbst solches leicht verrichten mag, wann man halsstärrig sich widersetzt, und der andere deßwegen Schaden leidet, so muß er solchen ersetzen. Wann man fragt, mittelst
2. welcher Action? Weil die Actio legis aquiliæ anscheint nicht Platz zu haben, weil dein Verschulden nicht im Begehen in committendo, sonder im Unterlassen in omittendo bestehet: Wir antworten, der die Ursach des Schadens ist, der wird darfür gehalten den Schaden selbsten zugefüget zu haben. Hernach wann wir schon zulassen, daß die Actio legis aquiliæ nicht Platz habe, noch auch die Actio in Factum, weil ein solcher nichts gethan, sonder mehrers im Unterlassen geschadet, so sagen wir nichts destoweniger, daß der Beschädigte die Conditionem ex lege habe, um die Ersetzung des Schadens zu erhalten, daß er nicht gewichen seye, weil unser Art. ausdrucklich verordnet, daß dem Beschädigten eine Action zu Erhaltung des Schadens Ersatz zustehe.

Eben dises ist zu sagen von jenen, welche einander nicht mit Wägen, sonder mit Pfer-

Pferden begegnen, dann wann eines seiner Pferd beladen seynd, und des anderen leer, so ist billig, daß die leere denen Beladenen weichen, ja wir vermeynen, man könne mit Recht sagen, daß, wann zwey einander begegnen mit beladenen Pferden, jener weichen müsse, dessen Pferd geringer beladen seynd, oder, wann sie gleich beladen seynd, daß jener weichen müsse, der zu weichen bessere Gelegenheit hat, und, wann einer halsstärrig dawieder strebt, der muß nicht allein den Schaden ersetzen sonder ist auch vom Richter nach Erfordernuß der Umständ zu bestraffen, wie schon in vorigen Art. gesagt worden.

Der dritte Articul.

Dingt einer einem Fuhrmann Wein auf um Lohn, und verschitt der Fuhrmann den Wein, wie das geschieht, so soll hierum nach Beschaffenheit des Falls, zwischen ihnen geschehen, was recht ist, doch wo der Fuhrmann aus Erkanntnuß des Richters den Wein zu bezahlen schuldig seyn würdet, soll er ihn bezahlen, wie er kaufft ist, und nicht höher. Ein gleiche Meynung hat es auch mit andern Wahren, die ein Fuhrmann verderbt, oder beschädiget.

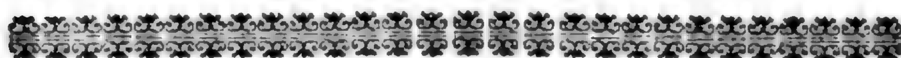
Summaria.

1. Wann einer einem Fuhrmann um Lohn Wein ausdingt, der Fuhrmann aber solchen verschitt, ob er den Werth bezahlen müsse?
2. Was für ein Werth zu ersetzen seye, in der Quantitæt, wie erkaufft worden, oder wie er verkaufft werden kan?

1. Gleichwie die vorige zwey Art. aus den alten Bayrischen Statuten entnommen worden, also auch hat diser Art. allda seinen Ursprung hergenommen, er ist aber in den neuen unsern Verordnungen sehr gemildert worden; dann also lautet der alte Text: Wann einem einen Fuhrmann um Lohn Wein aufgedungen hat, den Wein aber er verschittet hat, es mag solches geschehen, wie es wolle, so muß er dessen Werth ersetzen, wie der Wein erkaufft worden. Welches in der Reformation de An. 1588. wiederholt wird. Unser Art. aber lautet also: wann ein Fuhrmann um Lohn Wein zu führen übernommen hat, nnd solchen verschitt, wie solches immer geschieht, so muß zwischen ihnen geschehen, was recht ist. Aus welchen Worten erhellet, daß unter beyden Texten ein grosser Unterschied seye, weil die alte Statuten den Fuhrmann zu Ersetzung des Werts glathin verdammen, unsere neue Statuten aber den Handel dem Richter zur Untersuchung überlassen, und diß gantz recht, dann in der That wird zwischen dem Fuhrmann, und dem, der den Wein nöthig hat, der Contract locati conducti beschlossen, welcher weilen zu beyderseithigen Nutzen geschieht, so muß der Dolus, lata und levis culpa præstirt werden, nicht aber culpa levissima, noch vil weniger der Casus fortuitus, also daß dem Fuhrmann nit allzeit die Bezahlung des Weins aufgebürdet werden kan. Ist also deßwegen eine Untersuchung nöthig, wovon wir sattsam gered haben bey dem 17. Titul, und hierüber ist ein ausdrucklicher Text in L. si merces promissa 25. §. qui columnam 7. ff. locati. wo gesagt wird, daß jener, der seine Arbeit vermüthet zu Überführung einer Saul, Fässer, Holtz oder andere Sachen, um den Schaden, so aus seiner Schuld geschieht, gehalten seye. Ja wann einer ein Künstler ist, und sein Kunst-Stuck zu überführen auf sich nimmt, der auch culpam levissimam præstire, Krafft eben dises Text, welcher sagt, daß eine Culpa obhanden seye, wann nicht alles geschehen ist, was ein jeder fleissigister Mann wurde beobacht haben, dann solche geben sich aus, die Sach zu verstehen, und also werden sie genauer verbunden, in sonderheit wird vom Fuhrmann in L. item quæritur 13. ff. locati gesagt, wann einer, der mit einen Karn von zwey Rädern fahrt, und da andere vorbey fahren, den Karn umwirfft, und setze bey, er das aufgeladene Faß verbricht. Antwortet Ulpianus, ich vermeyne, daß wider ihn die Actio locati Platz habe. Ja es findet auch die Actio utilis aquilia (nemlich in factum) wider ihn Platz, in welchem Lege mehrere über disen unsern Text sehr nutzliche Exempel angeführt werden.

2. Wann nun wider den Fuhrmann, der den Wein zu überführen übernommen hat, gespro-

sprochen worden, einer solchen Schuld überwiesen zu seyn, daß er den Werth des Weins zu bezahlen schuldig seye, so verordnet der Art. daß die Bezahlung allein in der Quantität beschehen müsse, wie der Wein bezahlt worden, und nicht wie solcher verkaufft werden könnte. Welches der Art. auf alle andere Waaren erstreckt, wehe denen Fuhr-Leuthen zum überführen anvertraut worden. Aus Ursach, weil der Fuhrmann allein schuldig ist der Herrn Schad-loß zu halten, nicht aber reicher zu machen. Wann einer ein mehrers wegen diser Materi, wann eine vermiethe Sach zu Grund gehet, oder verderbt wird, welcher Gestalten und in wie weit einer dem anderen gehalten seye, oder nicht, sehen will, der lese den Molin. de Instit. & jure tract. 2. disp. 493. Diser magere Titul ist hiehero eingeflickt worden, weil wir gar nicht sehen. was diser mit denen Zehenden für eine Verwandschafft habe, oder wie mit der Materi, wer aus denen Reisenden mit Wägen und Pferden in engen oder sonst unbequemlichen Weegen dem anderen ausweichen müsse, vereinbart werden können die jura locationis und conductionis, welche sonst ein so weitschichtige Materi ist, daß gantze Bücher hierüber geschrieben worden. Absonderlich von Hieronymo Pantschmann, wo er curiose Fragen von Location und Conduction durchforscht, und auflößt. Wir schreitten zu einem anderen Titul, der abermahl ohne Ordnung aus denen ältern Bayrischen Statuten entnommen, und hiehero gesetzt worden, und wollen selben kürtzlich durchgehen.



Des XXXI. Tituls

Von Wirths-Pfanden, und Spilen.

Erster Articul.

Es mag ein jeglicher Wirth, der auf einer offnen Taffern sitzt, Pfand annemmen um sein Zehrung und Herberg, ausgenommen die Pfand, die von Alter verbotten seynd, als nemlich Gewicht, Kelch, Meß-Gewandt, und ander Kirchen-Ornat, auch blutig Gewandt, und unbereits Treyd. Käme aber jemand hinnach, und findet sein verstohlen Guth bey dem Wirth, oder in des Wirths-Gewalt, daß mag er zu Recht verbietten, und so fern er durch Bekanntnuß, des, der es ihm gestohlen hat, oder anderer Urkund und genugsam Anzeigen, oder zum mindesten mit einem Zeugen, und sein selbst Eyd erweist, daß es sein gewesen, und noch sey, so mag er das wohl annemmen, und der Wirth soll ihme das ohne Entgeld folgen lassen, doch in solchem Fall kein Straff verwürckt haben. Wären es aber verbottene Pfand, so soll der Wirth dem, welchem die Pfand entfremdet seynd, seinen Schaden zu widerkehren schuldig, und darzu dem Gericht die Buß verfallen seyn.

Summaria.

1. Wann die Gäst nicht zahlen können, ob der Wirth Pfand annemmen könne?
2. Ob der Wirth durch die Pfand ein *jus reale* erlange?
3. Was Rechtens, wann der Wirth solche Pfand annimmt, welche nicht können verpfändt werden, als Kirchen-Sachen?
4. Ob ein Kirchen-Ornat könne verpfändt werden?
5. Blutige Kleider?
6. Item unbereits Treyd?
7. Item solche Sachen, so zum Acker-Bau gehören?
8. und 12. Wann der Gast für die Zech ein fremdes Pfand gegeben, ob solches der Herr *vindiciren* könne, ohne Bezahlung der Zech?
9. Ob ein gestohlne Sach dem Wirth versetzt werden könne?

10. Wie

10. Wie der Herr der gestohlnen Sach durch *Arrest*, was sein ist, wieder erlangen könne?
11. Wie er aber *probiren* müsse, daß die Sach sein seye?
13. Ob der Wirth, der ein gestohlne Sach zum Pfand nimmt, nicht zu straffen seye?

1\. Vor allem verordnet unser Articul, daß jedem Wirth erlaubt seye, daß er für die Herberg und Zech von den Gästen Pfand nemmen könne. Aus Ursach, weilen wann einem das Gast-Setzen erlaubt ist, daß er denen Gästen zum Unterhalt die Nothdurfft reichen könne, so muß auch erlaubt seyn, daß, wann die Gäst nicht zahlen können, zur Sicherheit er sich mit Pfanden bedecken möge.

Unser Articul aber redet merckwürdig von Wirthen, welche offentliche Wirthschafft treiben, und bekannte approbirte Wirths-Häuser haben, die auf einer offentlichen Taffern sitzen. Aus Ursach, weilen dergleichen Wirthen Trauen und Glauben gleichsam offentlich approbirt ist, und dahero, die kein offene Tafferns Gerechtigkeit nicht haben, können solche denen Reisenden die Herberg über Nacht, oder die nöthige Speiß und Tranck nicht geben, dergleichen seynd die Zapffen-Wirth, und Zäpffler, die Hecken- oder Stauden-Wirth, dergleichen so gehässig seynd, daß in unsern Land-Rechten befohlen wird, daß sie aller Orten ausgetrieben werden sollen. Weil sie dem gemeinen Weesen sehr schädlich seynd, und allem liederlichen Gesindel ohne Unterschied Unterschleiff geben, durch welche hernach die nächtliche Raubereyen, und andere Malefiz Sachen ausgeübt werden. Worüber zu lesen ist tit. 11. lib. 3. der Lands- und Policey-Ordnung. Wann nun dergleichen schlechten und liederlichen Wirthen, wie sie sich selbsten nennen, und nicht anderst seynd, die Gast-Gebs Gerechtigkeiten nicht anvertraut werden, so muß ihnen um so weniger gestattet werden, daß sie wegen der Herberg und Zehrung ein Pfand nemmen können.

2\. Wann man sagt, 2. zu was diß diene? So antworten wir, daß ein wahrer approbirter offentlicher Wirth durch Pfand-Nemmung ein Jus reale erlange, daß, wann der Gast, der das Pfand versetzt hat, mehrere Personal-Glaubiger hat, der Wirth, was das Pfand betrifft, ihnen vorgezogen werde, welches Privilegium denen Stauden- oder Hecken-Wirthen gar nicht gestattet wird. Ja wir stehen an, weilen ihnen die Ubernachtungen und Verpflegungen verbotten seynd, ob, wann die Zech strittig wird, ihnen solche könne zugesprochen werden? Gewiß wird der Richter nicht übel thun, wann er die Zech anstatt der Straff behaltet, oder auch nach Beschaffenheit der Umständ solche Verbrecher schärffer bestrafft.

Doch wird ausgenommen 3. daß der Wirth die Pfands-Freyheit nicht erlange, 3.
wann er ein Sach zum Pfand bekommen hat, welche nicht hat können versetzt werden, wie da seynd Heil. Sachen, geweyhte Kelch, Meß-Gewand. Wovon geredt wird in cap 1. X. de pign. Wo die Geistliche Recht sonderheitlich die Verpfändung eines Kelchs, Patens, Meß-Gewänder ꝛc. verbietten, wann sie schon abgetragen seynd. Aus Ursach, weilen die Heyl-Sach nicht in Menschlichen Handel und Wandel stehen.

Der Art. setzt bey, daß auch nicht können versetzt werden die Kirchen Ornat, 4.
welches doch in Zweyffel gezogen werden kan. Weilen der mehreste Kirchen-Ornat nicht geweyht ist, wie da seynd die Antipendia, allerhand Fürhäng und Seiden, Leinwath, womit die Altär bedeckt und aufgebutzt werden. Obwohlen nun dergleichen Kirchen-Ornat nicht geweyht seynd, und also wegen der Geistlichkeit zum versetzen nicht gehindert werden, weilen jedoch solche Sachen zur grösseren Ehr GOttes wo nicht gewidmet, doch verordnet seynd, so verbiettet unser Art. gantz recht, daß die Wirth solche Sachen zur Sicherheit an der Zech zum Pfand nicht annemmen sollen, absonderlich von gemeinen und verdächtigen Leuthen, welche, was sie aus der Kirchen zwacken, hernach in Wirths-Häusern versauffen, ja weilen unser Articul schon in der Reformation von Anno 1588. enthalten gewesen, und ausdrucklich sagt, daß schon vor altem die Versetzung diser Ornaten verbotten gewesen, so vermeynen wir, daß diß nichts besonderes für die Wirth seye, sondern daß das Versetzen solcher Ornat allen Leuthen glatthin verbotten seye. Wann nicht villeicht von solchen Leuthen die Red ist, welche Kirchen-Ornat feil haben, dann gleichwie sie alles Verdachts frey seynd, und solche frey verkauffen können, also auch stehet nichts im Weeg, daß nicht solche Ornat versetzt werden können.

4\. Ist auch verbotten das Versetzen blutiger Kleyder, weil allzeit der Verdacht 5.
ist, daß solche rauberischer Weiß erworben worden, welchem auf alle Weiß zu begegnen ist, ja dergleichen Gäst müssen dem Wirth verdächtig seyn, daß er sie entweders ausschaffe, oder dem Gericht anzeige, der richten wird, ob solche Leuth mit einer Inquisition würdig seyen.

5\. Ist

6. 5. Ist der Versatz ungesäuberten
Treyds verbotten, die Ursach ist der vori-
gen gleich, weil ein solcher Versatz-Geber
des Diebstahls verdächtig ist. Dann kei-
ner, der seine Städel und Gelegenheit hat,
das Treyd zu treschen und zu butzen, wird
ungebutztes Treyd anderen zum Gelächter
im Wirths-Hauß versetzen, und der diß
thut, der gibt eben darum ein handgreiff-
liches Zeichen von sich, daß er entweders
das Treyd vom Stroh abgeschnitten, oder
aus den Städlen gestohlen habe, und also
das in Händen zerribene Getreyd dem
Wirth an der Zech als ein gestohlne Sach
zum Pfand gegeben habe. Geschieht also
gantz recht, daß dergleichen Pfand verbot-
ten werden, damit nicht denen Vaganten,
und starcken Bettlern und dergleichen Ge-
sindel zum Früchten abschneiden, und steh-
len Gelegenheit gemacht werde.

Wir thun 6. dises Verbott auch da-
7. hin erstrecken, daß bey denen Wirthen,
absonderlich in Bauern-Wirths-Häußern
zu Pfand nicht sollen gegeben, noch ange-
nommen werden Sachen, so zum Acker-
Bau gehören, wie da seynd, Oxen, Pferd,
Kälber, und Fillen, Pflüg, Trischl rc.
Von welchen obwohlen diß Orts nichts
gesagt wird, so seynd doch ausdrucklich
Text in L. executores cum seq. Cod.
quæ res pign. oblig. non pos. L. si quan-
do cod. unde vi. Welche verordnen, daß
dise Sachen nichtmahl unter die Execu-
tion können gezogen werden, also daß,
wann einer darwider handlet, und etwas
solches versetzt, oder angenommen hat, um
viermahl so vil gehalten ist, und der In-
famität und Leibs-Straff nicht entgehet.
L. si monumento. L. si filius. junctis dua-
bus LL. seq. cum sua auth. Cod. quæ res
pign. oblig. non pos. Menoch. de arbit.
Jud. lib. 3. casu 378. Welche Gesatz eine
Widerholl- und Erneuerung, und Schärf-
fung nöthig hätten, weilen jetziger Zeit,
wo ich in der Ruhe von publiquen Ge-
schäfften frey sitze, erfahren hab, daß die
liederliche Bauern, und noch mehr ihre
Knecht, so sie Buben nennen, von eisenen
Ketten, Näglen, Stricken und dergleichen
kleinen Zeug die Wochen hindurch so vil
wegstehlen, daß sie am Sonntag, oder an-
deren Feyertag sauffen können. Zwar die
offentliche Wirth nemmen solche verdäch-
tige Sachen selten an, weil sie ihren Re-
spect besser in Obacht nemmen, als die
Schenck- Winckel- Hecken- und Stauden-
Wirth, welche liederliche Leuth in für-
nehmsten Kirchen-Festen biß zu Aufgang
der Sonn bewirthen, und für die Zech
nemmen, was immer ihnen an gestohlnen
und geraubten Sachen an der Bezahlung
gegeben wird. Wir haben bey solchen
Wirthen gesehen, daß, wie bey Höffen,
bey Welschen, und anderen Orten, und
bey grossen Herren wochentlich Zusammen-
kunfften gehalten werden, da solche lieder-
liche Wirth, an Fast-Tägen ein Schwein
metzgen, Würst machen, und solche nach
Mitt-Nacht ihren Gästen auffsetzen, ja sie
setzen auch Pfeiffer und Brandwein dar-
zu, daß solche volle Zapffen den folgenden
Feyertag die GOttes-Dienst versaumen,
welches ja ein schärfferes Einsehen ver-
diente.

Ja 7. ware vor altem in unsern Vat- 8.
terland einiger Orten der Mißbrauch, daß,
wann der Gast einem offentlichen Taffern-
Wirth für die Zech ein Pfand gegeben,
(welches zwar nicht gestohlen, doch auch
dem Gast nicht eigen sondern fremd ware)
der Herr solches Pfand nicht erlangen
können, wann nicht die Zech bezahlt wor-
den, welches ja wider die Recht und alle
Vernumfft laufft, weil der Herr um sein
Sach, wo sie immer ist, die Vindication
oder Actionem publicianam hat. Wir
sehen auch nicht, warum die Wirth ver-
dienen sollen, daß man wegen ihnen von
denen Rechts-Reguln abgehen solle.

Unterdessen 8. thut unser Articul diß 9.
gantz recht verordnen, daß ein gestohlne
Sach einem Wirth nicht könne versetzt
werden; Dann, obwohlen dise Frag, wel-
cher Gestalten und in wie weit die Ver-
pfändung einer fremden Sach giltig seye
oder nicht, seine Unterschied leidet, wie zu
sehen ist bey Moz de pign. rubr. de reb.
quæ pign. dar. poss. n. 2 so ist doch
diß ausser allen Zweiffel, daß ein gestohlen
oder geraubte Sach ein Vitium reale be-
kommen, welches nicht allein auch dem
Wirth zufallet, der solche als ein Pfand
erlangt hat, sondern auch einem jeden Be-
sitzer zukommt. Es erfordert also

Unser Art. 9. daß der Herr der Sach 10.
solche arrestiren lasse, weil niemand sein
Sach, oder die ihm gebührt, eigenmächtig
wegnemmen kan, und alsdann

Ligt 10. dem Herrn als Kläger ob, 11.
zu probiren, daß die Sach sein seye, un-
ser Art. stellt 3. Arthen der Proben vor.
Die erste ist die Bekanntnuß des Diebs,
der die gestohlne Sach dem Wirth ver-
setzt hat. Die andere ist durch Documen-
ta, Zeugschafften, und andere Anzeigun-
gen. Die dritte ist, wenigist ein Zeug mit
dem Juramento suppletorio. Was die
erste Arth betrifft, ist selbe nicht ohne Be-
schwernuß, weil die Bekanntnuß des Diebs
als eines infamen Menschens zum Præju-
diz des dritten, das ist, des Wirths, nicht
anscheinet, eine Krafft und Würckung zu
haben, weilen aber dißfalls um einen
schlechten Schaden zu thun, das ist um
Bezahlung einer blossen Zehrung, und

Beherbergung, so sehen wir nicht, warum die Bekanntnuß des Diebs so gar kräfftig seyn müsse, absonderlich, weil præsummirt wird, daß der Dieb verhanden seye, von welchem der Wirth die Zech noch bekommen kan, oder, wann er nicht zahlen kan, ihm selbsten beymessen muß, daß er solch liederlichen und verdächtigen Leuthen Unterschlaiff gegeben, und Essen und Trincken, da sie kein Geld für die Bezahlung zeigen können, gereicht und ihnen geborgt hat. Von diser Materi wird die Red wieder seyn im 5. Art. 7. Tit. der Malefiz-Ordnung. Wo schier alle Wort wiederhollt werden, welche in disem Art. enthalten seynd. Die 2. und 3. Prob-Arth ist gemein: Von beyden haben wir in dem Summarischen Procesś Tit. 7. Art. 9. und Art. 19. gehandlet, wohin wir den Leser anweisen. Es scheint aber, daß auch in disen beyden Gattungen so genaue Prob nicht erfordert werde, wie in anderen schweren und wichtigen Fällen, weil der Articul blosse Zeugnussen und andere Anzeigungen zulaßt.

12. Der Articul setzt 11. bey, daß die Ruck-Stellung solch gestohlner Sach vom Wirth ohne eintzigen Entgelt geschehen müsse, welches nichts besonders ist, weil bey jeder Rei Vindication die Ruck-Gab umsonst geschehen muß, doch also, daß dem Zuruck-Steller die Actio de evictione wider jenen zustehe, von welchem er die gestohlene Sach empfangen hat, welche doch dergleichen boßhaffte und schlimme Leuth aus Armuth nicht præstiren können. Wann nun dise unentgeltliche Restitution bey aller Vindication, wie wir gesagt haben, jedwederer fremder Sach Platz hat, so hat sie um so mehr in einer gestohlnen Sach Platz, weil durch den Diebstahl die Sach selbst ein Vitium reale an sich zieht, welches in alle Händ mit übergehet, also daß ein solche Sach nicht præscribirt werden kan, es mag der Wirth oder ein anderer solche besitzen, als lang er will.

Endlich 12. wird gefragt, ob nicht auch ein solcher Wirth zu bestraffen seye? 13.
Und der Art. macht einen Unterschied, ob er ein solche Sach zum Pfand angenommen habe, welche erlaubter Dingen, und giltig verpfändt werden kan: Oder ob er ein Sach zum Pfand erhalten hab, welche zu verpfänden verbotten ist: Im ersten Fall, ist der Wirth nicht zu bestraffen, in dem anderen Fall aber ist er nach Beschaffenheit der Umständ vom Richter willkürlich zu straffen. Verstehe doch, was den ersten Theil betrifft, wann er die sonst zu verpfänden erlaubte Sach in guten Glauben zum Pfand empfangen hat, ohnwissend, daß solche ein gestohlne Sach seye, dann wann ers gewußt hat, so hat er selbst am Diebstahl Theil, und alsdann wird er nicht Burgerlich bestrafft, wie in dem anderen Theil des gemachten Unterschieds enthalten ist, sondern criminaliter, wie an seinem Ort wird weitläuffiger gesagt werden, wann wir von denen Diebs-Gesellen reden werden, unterdessen muß der Wirth über den Umstand genau untersucht und examinirt werden, weilen, wie wir oben gemeldt haben, dergleichen Leuth selten reine Händ haben, sondern mit ihren Gästen unter einer Decken liegen.

Der anderte Articul.

Spihlt einer mit einem auf Borg, mit Karten, Würffeln, oder in ander Weg, das ist er oder seine Erben, als vil ihm geborgt würdet, zu bezahlen nicht schuldig, und obgleich hierumen Borgen gestellt wären, soll doch die Borgschafft nicht giltig seyn.

Summaria.

1. Ob einer auf Borg spielen könne?
2. Ob das Spielen um baar Geld erlaubt sey, und also *L. ult. Cod. de relig. & sumpt. fun.* aufgehebt worden?
3. Was Rechtens wann bemeldte *L. ult* noch in Brauch wäre, ob der, so gewinnt, das gewunnene zuruck geben werden müsse, ohne Erwartung Richterlichen Spruchs?
4. Wann ein auf Borg Spielender schwört, daß er zahlen wollen, ob er den Eyd halten müsse?
5. Welchen Falls das Versprechen erlaubt und unerlaubt seye?

Die folgende 3. Art. handlen von verbottenen Spielen, mit welchen einstimmen 11. art. 8. tit. lib. 5. der Lands- und Policey-Ordnung: Und wir haben einen gantzen Titul von Würfflern und Würffel-Spiel in L. 3. Cod. tit.

tit. 43. Wir wollen uns befleissen, alles kürtzlich zusammen zu ziehen. Und vor allem, was disen gegenwärtigen Art. belangt, bestehet allein die Frag in dem, ob einer auf Borg spielen könne; Dann obwohlen dem gemeinen Recht nach das Würffel-Spiel unter dessen Nahmen alles Spielen enthalten ist Perez. in Cod. ad tit. de aleat. n. 1. verbotten ist, so wird doch solches Verbott an vilen Orten nicht beobachtet, also daß die mehrere DD. vermeynen, daß dise gar heylsame Titul Cod. & ff. de aleat. & L. ult. Cod. de relig. & sumpt. fun. durch widrige Gewohnheit aufgehebt worden, und einiger Ort allein das Verbott übrig verblieben seye, daß keiner auf Borg spielen soll. Dessen scheint die Ursach zu seyn, die bey Bürgschafft Leistungen allegirt wird, weilen die Leuth Bürgschafft zu geben geneigter seynd, als würcklich das Geld zu zahlen. Und daß diß in Sachsen Rechtens seye, bestättiget Wehner. in pract. suis quæst. verb. auf Borg spielen. Mit welcher Verordnung unser Art. einstimmet. Welcher erstlich alles Spielen auf Borg verbiettet, es mag mit Karten, Würffeln, oder sonst geschehen. 2. In so weit, daß der gewinnende Theil kein Action hat wider den Mit-Spieler: Noch 3. auf dessen Absterben wider seine Erben, dann es hätte scheinen können, daß wenigist wider den Erben eine Actio Platz habe, weilen der Erb um Gewinn handlet, und also, weil jener, wovon die Erbschafft herkommt, wenigist natürlich verbunden ist, darfür gehalten werden muß, er habe eine Obligation, des Erblassers Credit zu erhalten, unser Art. aber spricht auch den Erben von aller Bezahlung frey, ja 4. den Bürgen selbsten, den Sponsorem und Expromissorem, wann einer für solche Schuld bestellet worden, weil die Haupt-Schuld völlig verworffen und vernichtet wird, aus welchem folget, daß auch die Bürgschafft als zufällige Sach nicht kräfftig seyn könne.

2. Aber eine andere Frag ist, weilen der Text in L. ult. Cod. de relig. & sumpt. fun. ausdrucklich verordnet, daß dergleichen Spielen um baar Geld nicht giltig seye, sondern das vom Gewinnenden all dasjenige, was er gewunnen hat, zuruck begehrt werden könne, also daß, wann auch jener, der verspielt hat, noch seine Erben das verspielte nicht zuruck begehren, der Fiscus solches Geld zuruck forderen kan, dahero einer billig anstehen mag, ob nicht eben diß noch in unsern Vatterland gehalten werden soll, weil solches ausdrucklich nicht corrigirt worden: Weilen wir aber sehen, daß schier aller Orten das Spielen um baar Geld absonderlich unter Adelichen, so in Würden stehen, oder anderen reichen Leuthen passirt werde, also daß wir in solcher Zeit, da wir in höchsten Dicasteriis waren, niemahlen gesehen haben, daß dergleichen Zuruck-Forderung geschehen seye, so erachten wir, daß bemeldter Text in L. ult. Cod. de relig. & sumpt. fun. auch bey uns in Abgang kommen, und diß wird aus dem bestättiget, weil der Art. allein das Spielen auf Borg verbiettet, aus welchem nach widrigen Verstand folget, daß das Spielen um baar Geld nicht verbotten seye. Ja obwohlen dem Gewinnenden, der auf Borg gespielt, kein Action gestattet wird, seinen Gewinn Gerichtlich zu erhalten, so wurde doch ein solcher, der die Bezahlung nicht thäte, für einen Falliten gehalten, und villeicht auch um dem Stritt ein End zu machen, zum Duell heraus gefordert. Am Kayserlichen Hoff, wo man mit Dantes spielt, hab ich gesehen, daß man genauist beobachte, daß jeder seine Dantes nach geendten Spiel mit Ducaten auslöse, und zwar mit solchen Eyffer, als wann er per obstagium oder quarentigium hierzu verbunden wäre, gewiß, der solches nicht thut, und nicht an der Stell Satisfaction gibt, der leidet an seiner Ehr, Respect, und Authorität;

Was ist aber Rechtens, wann man setzt, daß diser Text des Cod. welcher sehr nutzlich und heilig ist, noch im Brauch seye, ist wohl der Gewinnende schuldig, das gewunnene Geld dem Gegner ohne beschehne Abforderung zuruck zu stellen? Hierauf antwortet, Ant. Perez. ad tit. Cod. de aleat. n. 6. daß, obwohlen das Burgerliche Gesatz das Würffel-Spiel verbiettet, doch diser Contract nicht aufhöre nichtig zu seyn, und nicht hindere, daß man vom Spieler nicht Geld gewinnen könne, sondern allein zur Straff des verbottnen Spielens dem Verspieler zulasse, das bezahlte zuruck zu begehren, doch nicht eigenmächtig, weil niemand sein eigner Richter ist, sondern mit zustehenden Actionen, und dahero vor den Richterlichen Spruch der gewinnende Theil nicht schuldig ist das Gewunnene zuruck zu stellen, (wann er nicht betrogen hat) weil die Sach eine Straff ist, welche niemand auch in Gewissen vor dem Spruch zu leiden hat. Gleichwie das Gesatz die Restitution in integrum wider die Verjährung, oder beyderseits erfüllten Contract zulaßt. Covarn. ad C. peccatum part. 2. §. 4. n. 8. Lessius. de Iust. & jur. lib. 2. cap. 26. dub. 3. 3.

Was ist aber Rechtens, wann jener, der auf Borg gespielt hat, schwört, daß er zahlen wolle? Und die Theologi antworten, daß er das Jurament halten müsse, 4.

se, weil solcher Eyd nicht über eine vom natürlichen Recht verbottene Sach abgelegt worden, und die Bezahlung an sich selbst nichts böses ist, wann nicht dadurch des Verspielers Famili einen grossen Schaden leidet. Covar. loc. cit. und Lud. Mollin. de Inst. & Jur. disp. 513. & seq.

5. Was aber ist zu versprechen von einer Wettung über einer Sach ungewissen Ausgang, entweders in künfftig oder verwichnen Sachen? Ist eine dem Spielen nicht ungleiche Sach, und dises Wetten thun unsere Theologi schier einhellig approbiren, weil es nichts unrechts in sich begreifft, und beyde Wetter sich gleicher Gefahr aussetzen; Ausser in zwey Fällen, wann einer wettet, dem die Sach schon bekannt, dem anderen aber unbekannt ist, dann solchen Falls er den anderen doloser Weiß zum Wetten einführete. 2. Wann das Wetten über ein Sach geschicht, aus dessen Ergebung oder Erfolg grosser Schaden entstehen könnte, als wann zwey wetten, daß dise bloquirte Stadt übergehen werde, weilen aus Hoffnung des Gewinns ein Verrätherey kan zu wegen gebracht werden. Uber welche Fäll doch die Theologi und Rechts-Gelehrte zu Rath zu ziehen seynd. Navarr. in sua Summa n. 17. cap. 18. Covar. ad cap. §. 4. Coras. lib. 7. cap. 7. Cypeus. in not. Jur. Belg. lib. 3. in fin. Perez. ad dict. tit. Cod. de aleat. circa fin.

Der dritte Articul.

Was unziemliche und unmässige Spiel seyn, kan gleichwohl kein gewisse Regul gesetzt werden, sondern es stehet nach Gestaltsame der Persohnen, ihres Stands, und Reichthums, auch Beschaffenheit des Spiels, in des Richters Ermässigung und Erkanntnuß.

Summaria.

1. Ob das Spielen um baar Geld verbotten sey, wann es unmässig ist, und welches unmässig genennt werde?
2. Wie ehrliche Spiel anzustellen seyen?
3. Warum gemeinen und *Privat*-Leuthen das heimliche Spielen verbotten sey?
4. Ob nicht die Spiel, so in Glück und Kunst bestehen, erträglicher seyen?
5. Warum denen Bauern das Kögel-Spiel erlaubt sey, wann nur solches an Feyr-Tägen nach der Predig geschicht?
6. Ob nicht gut verordnet werde, daß gemeine Leuth über 15. Kr. auf einmahl in einem Tag nicht verspielen sollen?
7. Warum denen Weiberen, Kinderen, Dienstbotten der Bauern, *item* denen Schulern, Lehr-Buben alles Spielen verbotten seye?
8. Ob man nicht an höhern Festen von allen Spielen absiehen soll?
9. Welcher Gestalten im Spielen gewisse Maß, und Zihl zu machen?
10. Ob nicht die Leuth, so heimlich Spieler setzen, zu bestraffen seyn?
11. Ob das Wetten bey unverbottenen Spiel gelte?
12. Ob in der Faßnacht das Mumschantz schlagen erlaubt sey?
13. Ob nicht das Würffel-Spiel und das Scholderen scharff verbotten?

1. Obwohlen zuvor besagter massen in unsern Vatterland allein auf Borg zu spielen verbotten ist, nichts destoweniger doch erklärt diser Art., daß auch um baar Geld zu spielen verbotten seye, wann solches übermässig ist, welches Spielen aber übermässig genennt werden könne, daß es unerlaubt sey, das kan nach laut unsers Art. schwer ausgemacht werden. Weil der Stand der Spielenden, ihr Vermögen, und die Gattung des Spiels betrachtet werden müssen, was den Stand der Spielenden anbetrifft, so haben ja Adeliche und in Würden stehende, item reiche Kauff-Leuth, und Burger, so von eignen Mitteln leben, ein grössere Freyheit, als die Handwercks-Leuth, Bauern, und gemeine Leuth, welche doch dem Spielen mehrers ergeben seynd, und gar offt um wenige Kreutzer rauffen, und einander blutig schlagen, von welchen wir kurtz hernach ein mehrers reden werden. Also seynd auch einige Spiel, so vil Geld erforderen, also daß einer verderben kan, absonderlich, wann man um noch so vil, das ist, jederzeit um doppelt spielt, welches ein lasterhafftes aus allen gemeinen Weesen genau abzuschaffendes Spiel ist. Ich hab zwey Spieler kennt, die das Spiel um ein geringes Geld angefangen haben, zum Exempel um 3. Batzen (es ware das Piqueten gewesen) so etlich Stund gewährt hat; Der ander so unglücklich war, hat allzeit noch so vil gesetzt, als zuvor gestanden war, sagend, es gilt noch so vil, aber

aber er hat nicht ein Spiel gewunnen, also daß er den Gewinnenden um Nachlaß bitten müssen, weil der Verspieler selbst bekennete, so vil nicht in Vermögen zu haben, daß er ihn bezahlen könnte. Fürwahr diser liederliche Tropf hätte verdient, eingespöhrt zu werden, biß er den letzten Heller bezahlt hätte. Von Gottofredo Bullionio würde eine Geschicht, oder Fabel gelesen, daß er in Palestina einstens sein Pferd habe beschlagen lassen, wozu er 32. Nägel nöthig hatte. Der Schmid hat für den ersten Nagel nur einen Heller begehrt, für den anderen 2. für den dritten 4. für den vierten 8. für den fünfften 16. und also fort allzeit doppelt, Gottofredus hat zwar die Bezahlung versprochen, aber nach der Hand erfahren, daß der Lohn sich auf so vil Millionen Gulden erstreckete, daß der König in Franckreich nicht hätte bezahlen können, die Art zu summiren haben wir in unserer exegesi Arithmetica an Handen gegeben, welchen der geneigte Leser sehen kan.

2. Wie ehrliche Spiel anzustellen seynd, lehret sehr schön Verulaminus in seinen Predigen vom Spiel, wo er sagt, ehrlichen in Würden und Mittlen stehenden Männern seye um Nuß und Heller zu spielen, wie die Buben und Weiber pflegen, nicht anständig, sonder das Spiel um so vil anzustellen, damit der Gewinner eine Freud habe, und der Verspieler einigen Verdruß, doch keinen solchen, daß deßwegen unter beyden die gute Freundschafft sich zerschlage, sehr wohl thun jene, welche sich von allen Spielen enthalten, weil man andere Zeit-Vertreibungen haben kan.

Wer Lust hat zu grossem Spiel
Und solches treibet offt und vil
Auch Tag und Nacht sitzt an dem Stich
Dem wird die Katz das beste Vieh.

Es ist ein altes aber warhafftistes Sprich-Wort, daß sich ehe zehen arm, als einer reich spilet. Dessen ist die Ursach, weil meistens das Gewunnene leicht verthon wird, Krafft des Sprich-Worts, leicht gewonnen, leicht verthon. Ich hab einen fridlichen geistlichen Ritter gesehen, der bekennt hat, daß er in seinen Lebs-Zeiten fünffzig tausend Thaler gewunnen habe, welches Glück wir seinem Frid-liebenden Gemüth zugeschriben haben, weilen er auch beym Unglück kein ungedultiges Wort jemahlen vernemmen lassen. Herentgegen aber hat uns ein anderer geklagt, daß sein Diener durch Karten so reich worden, daß er ihm ein Adeliches Guth erkaufft, und jetzt im Stand seye, mit ihm der Reichthum halber an die Seiten zu stehen.

Nun seye es, daß nach Innhalt unsers Art. nicht könne vorgeschrieben werden, was für eine Maß bey sonst ehrlichen Spielen bey denen in Würden, Authoritæt und Reputation stehenden, reichen und wohlbemittleten Leuthen zu halten seye, so machen doch unsere Bayrische Statuten, was die gemeine Bauers und Burgers auch Handwercks Leuth betrifft, in der Lands- und Pollicey-Ordnung nachfolgende gute und nutzliche Verordnungen.

Erstlich: daß dergleichen gemeinen und Privat-Leuthen all heimlich Spielen in heimlichen Ort, und Schluff-Wincklen und absonderlich zu Nacht nicht zugelassen werde. Aus Ursach, weilen die heimliche und nächtliche Spieler allzeit verdächtiger seynd, und in dergleichen heimlichen Schluff-Wincklen leichter Händel, Rauffen, Schlagen, und Schmähungen entstehen, ja so gar wider GOtt gescholten und geflucht, und dergleichen Laster mehr verübt werden, disen zu begegnen gantz recht verordnet wird, daß auch die erlaubte Spiel anderst nicht zugelassen werden, als an offentlichen Orten und bey Tag, damit das Ubel bestrafft werden kan. 3.

Meistens 2. seynd jene Spiel ehender zu gedulden, welche nicht in purem Glück bestehen, sonder auch Witz und Verstand nöthig haben, oder welche in der Kunst und Glück bestehen, als da ist das Dammen-Ziehen, Brett-Spiel. Und auch in gewissen Karten-Spielen, wie da ist das Piqueten. Jul. Clar. §. ludus. n. 2. & farinac. quæst. 109. n. 150. 4.

Insonderheit 3. wird unsern gemeinen Leuthen und Bauern das Kegl-Spiel zugelassen, so auch in der Kunst besteht, man mag auf lang aus auf 9. oder 3. oder auf 24. spielen, so man Schmaraglen nennet, welches Spiel ehrlich zu seyn scheinet, wanns um bescheidentliches Geld, auf offentlichen gewohnlichen Orten und Plätzen geschieht, wie gewisse Plätz gibt, wo allzeit vil Zuseher seynd, daß nicht leicht ein Betrug geschehen kan. 5.

Doch ist vonnöthen 4. daß dises Spiel, so meistens an Feyertägen, und Sonntägen angestelt wird, erst nach Predig und vollendten Gotts-Dienst anfangen, und an Feyerabenden unterlassen werden solle. Dann obwohlen an solchen Tägen nemlich am Feyrabend fruher Feyrabend gemacht wird, also daß um 3. Uhr denen Werck-Leuthen zur Ruhe ein Zeichen mit der Glocken gegeben wird, so geschieht doch diß nicht, daß des Tags übrige Zeit zum Spielen soll verwendet werden, sonder daß die mit Arbeit ermiedete ihr Gewissen und ihre

Leiber säuberen, und sich zum künfftigen Fest præpariren und richten können. Noch weniger aber ist zu gedulden, daß schon an Feurabend Fressereyen angestellt und über die Helffte der Nacht fortgesetzt werden, allein, damit sie nach 12. Uhr Würst fressen, und sich zum GOtts-Dienst des anderen Tags untauglich machen können, welches ja ein verderblicher Mißbrauch ist, so an vilen Orten eingeschlichen.

6. In gleichem 5. wird nicht übel verordnet, daß gemeine Leuth auf einmahl, und in einem Tag über 15. Kreitzer nicht verspielen sollen, obwohlen heut zu Tag nichts minder beobachtet wird, wo manichesmahl dise liederliche Gesellen auf einen Kögl-Wurff über 15. Kr. setzen, welches auch in Land-Gerichtern und Hoff-Marcken mit Aergernuß gedultet wird, wo doch solches scharff bestrafft werden soll.

7. Wir können zwar 6. nicht widersprechen, daß auch neben dem Kögl-Spiel andere Lust-Spiel um geringen Werth auch mit Würffel, welches Spiel sonsten allen am schädlichisten ist, absonderlich an Kirch-Weihungen gestattet werden, doch mit jenen, wie wir gesagt haben, Vorsehungen, denen Weibern aber ist alles Spielen verbotten, wie auch denen Ehehalten, und Kinderen, welche noch unter der Eltern Unterhalt stehen. Dann es ist nicht zu gestatten, daß dergleichen Leuth, so entwiders gar nichts haben, sich an das Spielen gewöhnen, oder was sie in einer Wochen gewinnen, am Sonn- oder Feyertag mit unnutzlichen Spielen durchjagen sollen. Eben dises Verbott geschieht denen Schullern, und Lehr-Jungen, die noch nicht 18. Jahr alt seynd, weil sie noch in dem Stand nicht seynd, daß sie etwas gewinnen können, oder wenigist nicht vil, daß also ihnen die Gelegenheit abzuschneiden ist auf einmahl zu verspielen, was sie in 8. Tagen mit ihren harten Schweiß und Arbeith erworben haben.

8. Und weilen 7. in einigen Orten, absonderlich an höheren Fest-Tägen der Mißbrauch in Spielen eingeschlichen, solches aber um so weniger zu erdulden ist, weil man zu solcher Zeit desto mehr dem GOtts-Dienst abwarthen soll, deßwegen ist diß sehr gewissenhafft in unsern Vatterland verbotten worden, wir wünschen allein, daß diß auch in Städten bey Adelichen, in Würden, Ehren und Reputation stehenden Leuthen beobachtet wurde, welche die Feyertäg, je heiliger sie seynd, desto mehr mit Essen und Trincken auch Spielen zubringen.

9. Auch 8. kein End machen, sonder obwohlen die gemeine Leuth und Burger nach Innhalt unserer Statuten nach dem nächtlichen Hussaus, oder Zapfenstreich nachlassen, und sich in die Rhue begeben müssen, dise doch ihre Gesellschafft, wie sie es nennen, in die halbe Nacht, ja biß Fruhe morgens fortsetzen, also daß der Hussau und Zapfenstreich fast niemand als denen Soldaten bekannt ist, wo doch in keiner anderen Sach, als im Spielen eine grössere Maß und End zu machen ist. Ein sehr fürnemmer Minister am Kayserlichen Hoff ist in grossen Ehren, und Ansehen gewesen, weil er nach dem Essen auf den Tisch eine Sand-Uhr stellen lassen, welche, wann sie verloffen, auch das Spiel geendet war, es mag gewunnen oder verspielt haben, wer wolle.

10. Weilen 9. vorbesagter massen auch das erlaubte Spielen in heimlichen Orten nicht geschehen soll, deßwegen wird gantz gut verordnet, daß jene, welche denen Spielern heimlich gelegenheit machen, von der Obrigkeit gemessen sollen abgestrafft werden: aus Ursach, weilen bey der gleichen heimlichen Verbrechen die Gelegenheit Macher mit gleicher Straff mit denen Verbrechern selbsten zu belegen seynd; Ja unsere Statuten befehlen, daß mit gleicher Straff sollen angesehen werden die Eltern und Hauß-Vätter, die ihren Kinderen und Ehehalten in ihren Häußern solche Spiel erdulden.

11. Von den Wettungen haben wir 10. schon oben gered, daß solche Regul-mässig nicht verbotten seyen, worüber zu lesen ist Straha. de decoct. part. 4. §. fin. Zasius in L. 6. ff. de V. O. Jul. Clar. in dict. §. ludus. n. 5. Im Welschland werden dise Wettungen Scommesse genennt, und geschehen allda gar offt unter Kauff-Leuthen über die Päbstliche Wahl, Ausgang diser oder jener Schlacht, und in dergleichen Fällen mehr. Bey uns unter denen Bauern und gemeinen Leuthen thun beym Kögl-Spiel diejenige, so nicht köglen können, mit anderen Spielern überden Wurff ob er treff oder fehle, wetten, wovon obwohlen unsere Statuten nichts reden so ist doch die Frag, ob dergleichen Wettungen gelten? Straha. in tract. de sponsionibus part. 4. §. 3. & 4. & farinac. cit. quæst. 109. n. 203. sagen Nein. Welches wir also verstehen, wann solche Wettung bey einem verbottnen Spiel geschieht, dann weil das Spiel verbotten ist, so ist auch das Wetten darbey verbotten: und dahero wird in unsern Vatterland denen Bauern beym Köglen solches Wetten gestattet, aber jenes ist nicht zu leiden, daß zu Zeiten ein Spieler auf einen Wurff 15. Kr. oder mehr wettet, wo doch unser Land-Recht scharff verbietten, daß einer auf einmahl, das ist,

für die gantze Spiel-Zeit in einem Tag mehr nicht als 15. Kr. verspielen darff.

12. Was ist aber zu sagen 11. von jenem Spiel, so zur Faßnacht-Zeit geschieht, und genennt wird die Mumschantz schlagen? Und wir antworten, daß diß eigentlich kein Spiel seye, so vil mehr ein Verehrung, so ein guter Freind dem anderen, ein Verliebter seiner Liebstin zum Spielen gibt, weil solcher dargegen nichts zu gewinnen verlangt, sondern so lang dem anderen die Würffel biettet, biß er mit einem anderen Wurff übertroffen wird, welches ja nicht verbotten ist, ein anders bey belarfften Persohnen, welche zu Zeiten unter einander sehr scharff spielen, und einander kostbahr wetten, welch belarfftes Spiel ja mehrers verbotten seyn soll, als sonst ein heimliches Spiel, es mag zu Venedig und anderstwo der Brauch seyn, was es wolle.

13. Zwölfftens wird unter dem Wort Würffel generaliter zwar alles Spiel enthalten, wie die Rechts-Gelehrte insgemein lehren bey dem tit. Cod. de aleat. aber in unsern Bayerischen Statuten wird das Würffel-Spiel Scholderen genennt, welches Wort wir Lateinisch nicht exprimiren können, als wolte man sagen, es seye eine Geld-Ausmelch oder Aussaugung, und das Ort des Spiels wird genannt der Scholder-Platz, weilen allda denen Bauern und Gemeinen Leuthen der Beutl biß auf den letzten Heller geleert wird: dergleichen Spiel seynd zwar sehr scharff verbotten art. 7. tit. 8. lib. 5. in der Lands- und Pollicey-Ordnung. Es wird aber nichts-minder beobachtet, weilen bey allen Kirch-Weihungen und offentlichen Jahr-Marckten dise Spiel überall zugelassen werden, woraus die Schörgen den besten Rogl ziegen, die Welschen nennen sie die Spiri, wir aber Schörgen, welche, da sie solches verbietten sollen, die Spiel-Tisch und Würffel zurichten, und entweders vom 3. 4. oder 5. Spiel, wie der Brauch ist, einen Theil, das ist was man setzt, vom Ker wegnemmen und ihnen zueignen, als wann man nur wegen ihnen spielete. Andere Spiel seynd zu erdulden, welche von gemeinen Leuthen um ein Maß Bier geschehen, um ein Gläßl Brandwein, um Brod, Birn, Oepfel, oder Nuß und dergleichen, wo doch der Verspieler auch mit isset, und trinckt, aber das Scholderen können wir von darumen nicht gutheissen, weil wir gesehen haben, daß niemand mehr gewinne, als der Schörg oder Amtmann. Fürwahr es wäre der Mühe werth, daß diser 7. Art. durch ein besonderes Churfürstl. Decret wiederum mit guldenen Buchstaben solte publicirt werden.

Der vierte Articul.

Wo einer seines Herrn Geld, oder anders, was das seyn mag, verspielt, mag dann der Herr mit seinem Eyd betheuren, oder sonst beweisen, daß solch verspielt Guth sein gewesen sey:, das soll ihm ohn Entgelt wieder gegeben, und ferner gegen dem Knecht, wo er betretten würdet, der Gebühr und der Beschaffenheit der Persohn nach gestrafft werden. Welches ebenfalls mit denen zuhalten, die fremdes Guth in ihrer Verwaltung haben, und solches verspielten.

Summaria.

1. Wann ein Diener seines Herrns Geld verspielt hat, ob nicht dem Herrn wider den Spieler so gewunnen hat, die *Rei vindicatio*, oder *Condictio* zu stehe?
2. Was von anderen Verwaltern, Vormundern, Pflegern, Sachen-Waltern, Ehe-Männer &c. zu sagen seye, welche die Anvertraute Gelder verspielen, ob das Weib die Gelder zuruck fordern könne?
3. Was Rechtens, wann ein Vatter mit übermässigen Spielen den Sohn an der Noth-Gebühr verletzt, ob der Sohn die Noth-Gebühr zuruck forderen könne?

1. Wir haben bißhero gehört, daß dem gemeinen Recht nach verbotten seye, mit übermässigen Spielen sein eigen Geld durch zu jagen, welches unsere Land-Recht auf seine Art approbiren, diser Art. aber thut weit gerechter verbietten, daß die Diener und Knecht um ihrer Herren Geld und andere Güther nicht spielen sollen, und gibt dem Herrn Erlaubnuß, daß, wann er entweders eydlich, oder sonst erweisen kan, daß das Geld, oder die Sach, so die Diener verspielt haben, sein

gehört

gehört habe, und noch sein seye, solche zuruck forderen könne, entweder mittelst der Rei vindication, wann solches noch verhanden ist, oder mittelst der Condition, wann solches schon verzehrt, oder die Gelder vermischt worden. Wo wir abermahlen sehen, daß zum Haß gegen des Spielen verordnet worden, daß ein so genaue Prob von denen Herren nicht verlangt werden, sonder des Herrn Eyd genug seye. Und dises thut der Art. zu letzt auf all diejenige erstrecken, die fremdes Geld oder Sachen in ihren Gewalt, und Administration haben, und solche Geldern beym
2. Spielen mißbrauchen. Zum Exempel wann Vormunder, Pfleger, Heil-Pfleger, und andere Verwalter, und dergleichen denen Gelder oder andere Sachen anvertraut werden, solche zum Spielen mißbrauchen, und verspielen, so seynd die Herren berechtigt, solche Gelder von denen Spielern zuruck zu forderen, wann schon die Diener bezahlen, und ihren Herrn sonsten Satisfaction geben können: weilen ihnen das Geld oder andere Sach nicht zum Verspielen sonder zum administriren anvertraut worden. Also lehret Farinac. dict. quæst. 109. n. 81. & 177. wo er hingegen auch sagt, daß wann ein Sohn, ein Münch, Pupill, Minderjähriger, ein Verschwender oder ein jedwederer anderer, der seine freye Verwaltung über seine Güther nicht hat, in einem verbottnen oder erlaubten Spiel verliehrt, dem Vatter, Herrn, dem Closter, Vormunder, und Pfleger die Zuruck-Forderung wider den Spieler, so gewunnen hat, zugelassen werde. L. fin. §. si servus. ff. de aleat. eben dises lehret Tyraquell. de L. connub. Gloss. 5. n. 200. von einem Ehe-Mann, welcher mit Spielen des Weibs Paraphernal-Gelder oder Güther verspielt, und von einer Frau, welche des Manns Säckl leeret, und das Geld mit ihrer Gesellschafft durch Spihlen verliehrt. Ja Farinaceus thut diß so weit erstrecken, daß, wann 3.
ein Vatter durch übermässiges Spielen, dem Sohn an seiner Noth-Gebühr schadet, der Sohn berechtiget seye, seine Noth-Gebühr zuruck zu forderen, wo anscheint, daß Farinac. supponire, daß einem solchem Vatter das Spielen nicht verbotten seye, dann wann er supponirte, daß das Spielen verbotten seye, so wurde Krafft des Text. in L. ult. Cod. de relig. & sumpt. fun. denen Kinderen die Ruck-Ruffung nicht allein auf ihre Noth-Gebühr inner 50. Jahren gestattet, sonder um alles, aus welchem Text, daß billig der Schluß zu machen seye, wir glauben, daß auch an Orten, wo Adelichern und Reichern das Spielen erlaubt ist, die Kinder ihre Noth-Gebührnuß inner 50. Jahren zuruck forderen können. Ja, obwohlen in vorgehendem Art. wir gesagt haben, daß nach Lehr der Juristen, und Canonisten der Gewinner das im Spiel gewunnene Geld mit guten Gewissen behalten könne, biß er Gerichtlich abgefordert wird, so hat doch diß nicht Platz, wann er wissentlich von einem Knecht, Sohn, Pupillen, minderjährigen ꝛc. oder anderer dergleichen Persohn, so nicht Gewalt hat das Geld zu verspielen, Geld gewunnen hat. Dann gleichwie nach Lehr des Farinacii ein solcher Spieler einen Diebstahl begehet, also ist für sich selbsten klar, daß einer allzeit die gestohlne Sach zuruck stellen müsse. Fürwahr, weilen auch die Noth-Gebühr ein fremdes Geld genennt wird, so sageten wir gehrn, daß ein solcher Spieler, der gewinnt, und die Kinder an der Noth-Gebühr beschädigt, auch ohne Obrigkeitliche Abforderung die Sach zuruck stellen müsse, welches doch wir denen Theologis, und Canonistis überlassen.

Des XXXII. Tituls

Von Handwercks Leuthen, Taglöhnern und Schiff-Leuthen.

Erster Articul.

Dasjenige Guth, daran der Handwercks-Mann sein Arbeit gelegt, ist demselben um seinen Lohn, den er daran verdient, still-schweigend verpfändet, wo er aber jemands Guth, um seinen Lohn innen hat, und

und solch Pfand um ein mehrers, dann er zu der Zeit an dem Guth verdient hat, innbehalten will, würdet der Handwercks-Mann deß überzeugt, als recht ist, so soll er dem anderen sein Pfand ledig lassen, und hat derselb am Guth nicht Schaden genommen, den er bereden mag mit seinem Eyd, den soll der Handwercks-Mann ihm abthun, und ist dem Gericht die Buß schuldig. Wäre aber zwischen dem Handwercks-Mann, und deme, welchem das Guth zugehört, und im Land angesessen ist, des Lohns halben ein Irr, deren sie sich in der Güte nicht vergleichen möchten, soll der Handwercks-Mann dem andern sein Guth, ohne Vorwissen sein des Handwercks-Mann Obrigkeit nicht aufhalten, sonder der Obrigkeit Entschied hierüber erwarthen.

Summaria.

1. Ob denen Handwercks-Leuthen wegen *reparirten* Sachen für ihren Lohn ein stillschweigende *Hypothec* zustehe?
2. Was zu sagen seye von denen Schustern, Schneidern und Schreinern ꝛc. welche man täglich zum *Repariren* nöthig hat?
3. Welche Handwercks-Leuth ein Vorrangs-Recht? Und welche allein ein stillschweigende *Hypothec* ohne Vorrang haben?
4. Ob ein Handwercks-Mann die gantze Sach zuruck behalten könne, wann die Sach mehr werth ist, als sein Verdienst?
5. Ob nicht der Handwercks-Mann die gebesserte Sach wegen einer anderen Schuld, und sonst verdienten Lohn behalten könne?
6. Ob dem gemeinen Recht nach wegen einer gemeinen Schuld ein Pfand behalten werden könne?
7. Ob ein stillschweigende *Hypothec* und das *Retentions*-Recht Platz habe, wann der Lohn nicht *liquid* und ungewiß ist?
8. Wer über den strittigen Lohn Richter seye, des Handwercks-Manns, oder des Herrn der *reparirten* Sach Obrigkeit?

In dem Gant-Process. tit. 2. art. 24. haben wir unter anderen gesagt, daß die Handwercks-Leuth in denen von ihnen reparirten Sachen für ihren Lohn ein stillschweigende Hypothec haben, welches gegenwärtiger Art. bestettiget, und obwohlen die zu Untersuchung der neuen Land-Recht verordnete Herrn Räth vermeynt haben, diser Art. seye aus zu lassen, weilen in gemeinen Recht dise Freyheit denen Handwercks-Leuthen nicht gestattet wird, so hat doch der Durchleuchtigiste Gesatz-Geber villeicht deßwegen nich eingewilliget, weil die alte Reformation von An. 1588. denen Handwercks-Leuthen dises Privilegium schon einraumete, und zwar nicht ohne Ursach; Dann wann jener, der zu Reparation einer Sach Geld oder Materialien herleicht, nicht allein eine stillschweigende Hypothec, sonder auch ohne weitere Bedingung einer ausdrucklichen Hypothec, des Vorrangs Privilegium hat, wie wir darfür halten in Gant-Process tit. 2. art. 6. warum soll nicht ein gleiches Privilegium jener haben können, der die Sach selbst reparirt hat, als wann gleichsam das selbst Repariren nicht mehrers wäre, als zum Repariren, Geld herleihen. Bey uns seynd tägliche Exempel, wo man Maurer und Zimmerleuth zur Reparation und Baufälligen Häuser, und anderer Gebäuen mit dem Beding aufstellet, daß sie nach all beygeschafften Bau-Materialien um gewisses Tag-Lohn mit ihren Gesellen den Bau führen sollen auf ihre Kösten und Schaden. Wann nun der Bau fertig, und also hergestellet worden, daß kein Fehler zu finden, der Bau-Herr aber unterdessen erarmet, und auf die Gant kommen ist, gewiß sehr hart wäre es, daß ein solcher Meister, der seinen eisersten Fleiß angewendet hat, erst mit denen Gemein-Glaubigern anstehen solle, die mit Hypothec bedeckte Glaubiger aber, deren Sach sie verbessert haben, ihnen vorgehen sollen.

Mann wird sagen, daß unser Art. von Maurer und Zimmer-Leuthen nicht rede, welchen ein gantzer Bau auf ihre Kösten zu bauen bedingt wird, sonder allein von Handwercks-Leuthen, welche man täglich zur nöthigen Reparation nöthig hat, wie da seynd die Schuster, Schneider, und Schreiner und dergleichen, welchen die Kleider, Schuh, und Kästen nacher Hauß zum machen geschickt werden: dann dergleichen Leuth eignen ihnen den Gewalt zu, die gebesserte Sach so lang zu behalten als ein Pfand, biß sie bezahlt seynd. Und von disen ist die Frag, ob sie in solch gebesserten Sachen ein stillschweigende Hypothec haben, dann wann wir disen ein stillschweigende Hypothec zulassen, so haben sie auch das Retentions-Recht, weilen ein mit Hypothec bedeckter Glaubiger diß sonderheitlich Privilegium hat, daß er die verpfändte Sach so lang behalten könne, biß er auf den letzten Heller befridigt worden

den ist. Also daß, wann das Pfand ze-
hemahl mehr werth ist, wegen einen Hel-
ler das gantze Pfand zuruck behalten wer-
den kan, aus Ursach, weil das Pfand Recht
in der gantzen Sach hafftet. Hierauf aber
antworten wir, daß auf jenes zu sehen seye,
was wir bey dem 5. Art. 2. Tit. des Gant-
Procels gesagt haben. Dann entweders
verrichten solche Handwercks-Leuth ihre Ar-
beit um den Tag-Lohn, wie jene thun, so auf
der Ster arbeiten, und alsdann haben sie
das Privilegium des gearneten Lid-Lohns,
wovon kurtz die Red seyn wird, weil sie in
Muß und Brod derjenigen seynd, denen sie
dienen, und also denen Hauß Ehehalten
gleich seynd: oder arbeiten zu Hauß ohne
bedungenen Lohn, und alsdann schlagen sie
ihre Arbeit selbsten an: oder geben auch zu
der zu repariren habenden Sach die
Materi.

3. Die erste Gattung der Handwercks-
Leuth seynd eigentliche Tag-Löhner, welche
in bemeltem 5. Art. das Vorrangs-Recht
haben, und haben kein stillschweigende Hy-
pothec nöthig; die übrige zwey Gattun-
gen, weil sie unter die Tag-Löhner nicht
können gezehlt werden, haben kein Privile-
gium, wann man ihnen nicht Krafft dises
Art. ein stillschweigende Hypothec ein-
raumt; Und hierüber verordnet eigentlich un-
ser Art. Dann es scheint unbillig zu seyn,
daß, wann ein solcher Handwercks-Mann
zum Exempel ein Kutschen, Wagen, Karn,
einem anderen gemacht hat, dem anderen
Kleider, Teppich, Gemähl, Statuen,
Schuh, Strümpf, und dergleichen ver-
fertiget hat, ihren Lohn für die Arbeit ent-
behren sollen, wann sie schon das Privile-
gium des Lohns nicht haben. Aus Ur-
sach, weilen sie durch Reparation solcher
Sachen die Condition der übrigen Glau-
biger besser machen, und dahero gibt ih-
nen unser Art. aus Mitleiden ein stillschwei-
gende Hypothec. Und dise Hypothec
eignet dem Handwercks Mann das Re-
tentions Recht zu, und es erlöscht die
Hypothec nicht, wann er schon dem
Herrn die reparirte Sach zugestelt hat.
Aus Ursach, weil das Hypothec-Recht
real ist, und also auf jeden Innhaber über-
gehet, welchem die reparirte Sach zukom-
men ist. Dann es folgt nicht: der Hand-
wercks-Mann, der die stillschweigende Hy-
pothec hat, kan um den Lohn die Sach
bey sich behalten, also, wann er die Sach
dem Herrn zugestelt hat, hat er auch die
Hypothec verlohren, welches eine weite-
re Ausführung nicht nöthig hat, weil an
sich selbst klar ist, daß die Hypothec der
reparirten Sach anklebe, wann nicht ein
anderes ausdrucklich verordnet ist. Wie
kurtz hernach folgen wird.

Unterdessen, wann die reparirte Sach 4.
mehr werth ist, als der Lohn auswirfft,
ist die Frag, ob er die reparirte völlige
Sach innbehalten könne? Die Ursach
des Zweiffels ist, weil die Natur eines
Pfands ist, daß sie die gantze Sach be-
haffte, auch solche der Pfands-Innhaber
nicht schuldig ist herzugeben, wann er
nicht biß auf den letzten Heller befridi-
get ist, welches zwar an sich selbsten
wahr ist, absonderlich, wann die Sach
nicht theilbar ist, daß ein Theil kan her-
gegeben, und der andere behalten wer-
den. Zum Exempel der Schneider hat
einen Mantel gebessert, oder einen Rock,
und verlangt 1. fl. für sein Arbeit, diß
ist berechtiget, den gantzen Mantel oder
Rock zu behalten, biß er völlig bezahlt
ist, weilen die Hypothec der gantzen re-
parirten Sach anklebt, welche das Re-
tentions-Recht zueignet, biß der Lohn
gantz bezahlt ist.

Doch macht unser Art. zwey Aus- 5.
nahm, erstlich wann der Handwercks-
Mann die reparirte Sach wegen einer
anderen Schuld, oder für den Lohn we-
gen einer anderen reparirten Sach inn-
behalten will: welches daß dem gemeinen
Recht zuwider seye anscheint, dann wir
haben einen gantzen Titul in Codice, daß
auch wegen einer gemeinen Schuld das
Pfand ruck behalten werden könne. Zum
Exempel, wann gefragt wird, ob nach be-
zahlter Schuld, wegen welcher der Glau-
biger ein Pfand hat, das Pfand wegen ei-
ner anderen Schuld behalten könne, so
noch nicht bezahlt ist, und es wird mit Ja 6.
geantwortet: Aus der Ursach, weilen der
Schuldner nicht recht thäte, welcher nach
bezahlter Schuld, weßwegen ein Pfand
gegeben worden, das Pfand begehrte, und
die Bezahlung der Schuld, wegen welcher
kein Pfand gegeben worden, verschieben
wolte, dann wider einen solchen die Excep-
tio doli mali Platz hat, als wann er eben
darum an Tag gebete, daß er entweders
gar nicht, oder wenigist spath genug zah-
len wolle. Unser Art. aber thut diser Hy-
pothec, welche denen Handwercks-Leu-
then wegen denen ihnen zum Repariren
anvertrauten Sachen zugeeignet wird,
das Retentions-Recht wegen einer an-
deren Schuld widersprechen, in so weit,
daß nicht allein ein solcher die reparir-
te Sach ohne Verweilung zuruck stel-
len, sonder auch, wann er die Ruck-
Stellung verweilet, dem Herrn der Sach
um jenes, dessen ihme daran gelegen
ist, und eydlich behörtet hat, condemnirt
werden muß, welches sonderheitlich zu
mercken, und dißfalls unter dem gemei-
nen und unsern Land-Recht ein, wo
nicht

nicht ein doppleter wenigst ein einfacher Unterschied anzusetzen ist.

diff. Dessen ist villeicht die Ursach, weilen die dem anderen zum Repariren anvertraute Sach gleichsam bey dem Meister depositirt ist, deme aber, der das Depositum begehrt, kan auf keine Weiß die Ruck-Stellung abgeschlagen werden, absonderlich weilen die Sachen, so denen Handwercks-Leuthen zum Repariren anvertraut werden, zum täglichen Gebrauch nöthig, und meistens dergleichen Leuthen Forderungen nicht Liquidum seynd, gleichwie aber das Liquide mit dem nicht Liquiden nicht kan compensirt werden, also hat auch die Retention nicht Platz, weil die Retention eine Gattung der Compensation ist. L. prætextu. ult. Cod. Commod. Neguzant. tract. de pign. part. 5. memb. 1. n. 37. Welches wir auch dahin erstrecken, wann der Künstler oder Handwercks-Mann eine fremde gemeine Schuld fordert, sonder auch, wann er ein anderes Macher-Lohn wegen einer anderen Sach, ja auch wegen eben dises Mantels oder Rocks, so er ein andersmahl daran verdient hat, begehrt, weilen der Art. ausdrucklich die Hypothec allein für den Lohn, welchen er dermahlen verdient hat, zugibt, als wolte er eben darum gleichsam sagen, daß er sein Hypothec-Recht verlohren habe, wann er die ein anderesmahl reparirte Sach zuruck gegeben, und den Lohn geborgt hat.

7. Der andere Ausnahm ist, wann der Reparations-Lohn nicht Liquidum ist, weil villeicht der Künstler behauptet, daß von ihme die Reparation geschehen seye, hingegen nichts gefunden wird, was reparirt worden wäre, oder, weilen zuvor der Reparations-Lohn nicht bedungen worden, und der Künstler zuvil fordert, oder weilen der Lohn schon bezahlt worden, oder der Herr der Sach etwas mit Recht zu compensiren und abzurechnen hat. Dann in all disen Fehlern und dergleichen hat die still-schweigende Hypothec und das Retentions-Recht nicht Platz, sonder, wann sich die Partheyen nicht vergleichen können, so muß die Sach vor Gericht gebracht, und der Spruch erwarthet werden. Daß also die stillschweigende Hyptohec und das Retentions-Recht allein Platz hat, wann der Reparations-Lohn klar, und nicht strittig ist.

Wer ist aber disfalls der rechtmässige Richter, der Richter des Handwercks-Manns, oder der Richter dessen, der Herr über die reparirte Sach ist? Und es scheint, es seye zu sagen, daß der Herr der reparirten Sach den Handwercks-Mann bey seinem Richter beklagen müsse, weil er sich beschwehrt, daß ihm sein Sach wider rechtlich verenthalten werde, und also Kläger ist, der Kläger aber muß des Beklagten Richter suchen. Unser Art. aber bringt das Widerspihl mit sich, daß der Handwercks-Mann bey solchen strittigen Sachen, die reparirte Sach dem Herrn zu stellen, und wegen des strittigen Lohns bey des Herrn Obrigkeit einen Spruch abwarten müsse. Aus Ursach, welche wir kurtz zuvor angeführt haben, weil die stillschweigende Hypothec, und das Retentions-Recht allein Platz hat bey Liquiden Sachen, weil es eine Compensations-Gattung ist. Bey unrichtigen Sachen aber wird die Compensation allzeit verworffen, und in disem gegenwärthigen Casu um so mehr, weil die reparirte Sach gleichsam bey dem Meister in deposito ligt. Jener aber handlet wider allen guten Glauben, der unter dem Vorwand einer nicht Liquiden Compensation eine solche ihme anvertraute Sach nicht zuruck geben will. 8.

Ubrigens gehört dise Materi vil mehr zu dem Contract locati conducti, weilen der Meister seine Arbeit vermüthet, welche der Herr um die Reparation der Sach bedingt, wo wir auch mit Gelegenheit schon etwas von dergleichen Arbeiten angeführt haben, welches aldort zu lesen ist.

Der anderte Articul.

WEr einem ein Gebäu, oder ander Arbeit andingt, soll der Werck-Mann den Andinger befürderen, auf die Zeit, wie ers versprochen, und hierüber ohne des ersten Andingers Bewilligung, kein andere Arbeit, zu Verhinderung der ersten versprochenen Arbeit annemmen, thäte er solches nicht, sonder der Andinger wurde von dem Werck-Mann über das

das Geding versaumet, deß er zu Schaden kommt, wo sich alsdann der Andinger und Werck-Mann solches Schadens, ausserhalb Gerichts, nicht vertragen mögen, so soll der Werck-Mann dem Andinger, des Schadens, nach Ermässigung des Richters Widerkehrung thun, jedoch soll obberührt Mässigung, nach Rath der Bau-Verständigen Wercks-Leuth beschehen. Und soll ein solcher Werck-Mann noch darzu mit Gefängnuß und geringen Atzung gestrafft werden. Ein gleiche Meynung soll es haben mit den Handwercks-Leuthen, bey denen ein Arbeit bestellt und angedingt ist.

Summaria.

1. Was Rechtens, wann die Werck-Leuth einen neuen Bau in gewisser Zeit herzustellen übernommen, ob sie den Schaden ersetzen müssen, wann sie in rechter Zeit den Bau nicht fertig gemacht haben?
2. Ob sie nicht auch in der Gefängnuß mit Wasser und Brod zu bestraffen seyen?
3. Wie der Schaden durch erfahrne Werck-Leuth, zu schätzen seye, und welche für solche gehalten werden?
4. Ob die erfahrne Werck-Leuth sowohl bey kleinen als grossen Schaden müssen gebraucht werden?

Kurtz zuvor ist gesagt worden, daß dise Materi von Werck-Leuthen mit dem Contract locati conducti verwandet seye, welches dieser Art. bestättiget, und dahero einige Fragen setzet, welche aus denen Reglen des Contracts lo-
1. cati conducti aufzulösen seynd. Die erste Frag ist, ob die Werck-Leuth, so einen Bau herzustellen und auf eine gewisse Zeit zu verfertigen übernommen, den Schaden ersetzen müssen, welchen der Herr leidet, wann der Bau zu rechter bestimmter Zeit nicht fertig worden? Dise Frag fallt täglich für, weil wir kaum ein Geschlecht der Leuth gefunden haben, so verlogner ist, als die Werck-Leuth, welche ein Werck auf gewisse Zeit zu liefferen übernemmen, und mit vilen Schwören bestettigen, nichts wenigers doch als solch ihr Wort halten, wann sie schon ein Hafft Geld empfangen haben, sonder einen jedwederen, ehe sie einen befördert haben, in solcher Anzahl annemmen, daß ihnen unmöglich ist, das Versprechen zu halten, ja uns ist begegnet, daß sie die Arbeiten, so sie auf die bestimmte Zeit verfertiget haben, einem anderen um baar Geld gegen einen schlechten Gewinn verkaufft, und uns das Zuwarthen überlassen haben, welches ja wider alles Recht ist, welches befihlt, daß der Contract locati conducti genau soll vollzogen werden. L. quia certum. 14. ff. locati L. item quæritur. 13. §. si Lege 10 ff. eod. & L. si merces. 25. §. conductor 3.

2. Und obwohlen unser Art. befiehlt solch betrügerische Leuth neben Ersatz des Schadens in dem Thurn mit geringer Atzung abzustraffen, das ist, in Brod und Wasser, oder mit einer Wasser-Suppen, so bringt doch diß schlechten ja keinen Frucht, weil dergleichen Gesellen solche Straff nicht achten, und in Rausch sich einsperren lassen; damit sie, biß zu ihrer Entlassung, weder Brod noch Wasser nöthig haben, und wegen Ersatz des Schadens sich von darum wenig bekümmern, weil unser Art. die Schätzung des Schadens denen Kunst erfahrnen überlaßt, welche meistens eines Geflüchters seynd, und ihren Mit-Meistern beystehen, weil meistens, wie wir gesehen haben, man auf ihre Wort gehet, in der Meynung, weil sie eben darum zum Eyd nicht zu treiben seynd, weil sie zur Zeit des angetrettenen Amts schon beeydigt worden.

Welches besser zu verstehen, ist zu 3.
præsupponiren, bey uns der Brauch zu seyn, daß in Städten, und anderen fürnehmeren Orten in gemeinen Weesen bey jeden Handwerck Zunfft-Meister aufgestellt werden, denen dergleichen Händel auszusprechen überlassen wird, dise seynd entweders beständig, oder auf etliche Jahr wieder zu erwählen, denen von Obrigkeits Persohnen beygesellet werden, damit nicht die Obrigkeit mit dergleichen geringen Sachen täglich belästiget werde. Wann nun dergleichen Zunfft-Meister bestellt worden seynd, die vom gemeinen Weesen besoldet werden, weil sie ihr Handwerck gut verstehen, und zur Zeit des angetrettenen Amts beeydiget worden, damit sie in Sachen, wo ihre Meynung nöthig ist, ohne Respect die Wahrheit sagen sollen, so vermeynen wir, daß solche zulänglich seyen, wegen denen übrigen Zunfft-Meistern aber, die jährlich erwählt werden, stehen wir an, weilen sie über ihr Amt nicht beeydiget werden,

und

und nicht zu glauben ist, daß sie ihren Mit-Meistern was widriges thun werden, von welchen sie das andere Jahr das Eintrencken zu gewarten haben. Und dise unsere Meynung gründet sich in jenem, was Pacianus lib. 1. de prob. cap. 47. per tot. Mascard. de prob. conclus. 1169. vol. 3. und conclus. 653. n. 11. vol. 2. lehren, wo sie insonderheit sagen, daß in Sachen, wo der Erfahrnen Meynung nöthig ist, nicht allen zu glauben seye, die das Handwerck treiben, sondern welche Kunst profitiren, dann ein anderes ist ein blosser Maurer, oder ein blosser Zimmermann, und ein anderes ist ein Baumeister: Dann disen letzteren, derer Treu offentlich approbirt, und beeydigt ist, ist ja mehrers zu glauben, als anderen blossen Mit-Meistern, welche wegen gemeinsamen Interesse ein ander nicht abstehen. Unser Art. braucht dise Wort, daß der Ersatz des Schadens nach Ermässigung der Bau verständigen Wercks-Leuth geschehen müsse. Es scheinet, daß der Gesatz-Geber keine so genaue Bau-Meister erfordert habe, wie wir nach Meynung des Paciani und Mascardi nöthig zu seyn erachtet haben, weil solche nicht überall zu haben seynd, sondern werden jene denen anderen vorgezogen, die Hoff-Meister, Stadt-Meister, Marckt- und Herrn-Meister seynd, und genennt werden: Aber auch dise seynd nicht allzeit die beste, weil meistens dergleichen Titul, weiß nicht wie, erbettlet werden, gewiß wir thäten solchen Meistern in Sachen von grosser Wichtigkeit ohne Eyd nicht glauben.

Unter dessen, welches der andere Puncten unsers Art. ist, ist gantz gewissen Rechtens, daß die Aussag der Erfahrnen auch in geringeren Handwercks-Sachen, wann ein Schaden geklagt wird, zu beobachten sey, weil über klein oder grossen Schaden ein Gericht ist, ausser daß bey geringen Schäden der Eyd kan nachgelassen, und der Aussag der Erfahrnen unter Angelobung an Eyds statt geglaubt werden, welches eine tägliche Sach ist. 4.

Der dritte Articul.

Wo sich auch ein Meister, einer Arbeit, oder Gebäus unterstehet, und annimmt, das soll er zum Ende, wie sich gebührt, vollführen, wo er aber diß nicht thät, sondern die Arbeit, oder Bau verderbet, oder davon stünde, und dem Bau-Herrn Mangel und Schaden daraus entstunde, der wissentlich wäre, den soll ihm der Meister ohn Ausred förderlich widerkehren, und abthun, nach Erkanntnuß des Richters, und der Bau-verständigen Bau-Leuth. Er soll auch nach Gelegenheit der Sachen, wie in vorigem Articul vermeldet, gestrafft werden.

Summaria.

1. Wann die Werck-Leuth das übernommene Werck nicht völlig sondern nur zum Theil verfertigen, ob sie um den Schaden gehalten seyn?
2. Was Rechtens, wann kein Schaden kan erwiesen werden, ob die Werck-Leuth von Ausmachung des Wercks frey seyn?
3. Ob jene Gewohnheit zu verwerffen seye, welche mit sich bringt, daß einem nicht erlaubt seye, jenes auszumachen, was der ander angefangen?
4. Was Rechtens, wann der Werck-Meister überhaupts ein Werck zu machen übernimmt, ob er nicht zum genauisten und grösten Fleiß gehalten seye?
5. Was Rechtens, wann der Herr mit dem Werck-Meister bedingt, daß, wann das Werck fertig ist, er bezahlen wolle, so vil ihm gefällig seye?
6. Wann bey Andingung eines gantzen Wercks nichts gemeldt worden, wann der Lohn bezahlt werden müsse, gleich zu Anfang, oder nach hergestellten Werck?

1. Diser Art. verordnet, daß ein jeder Meister, der ein Werck, und Arbeit über sich nimmt, solches nicht allein zum Theil, sondern völlig machen müsse, mit dem Beysatz, daß, wann er diß nicht gethan hat, um allen Schaden gehalten seye, und der Richter ihn bestraffen. Welche Lehr dem gemeinen Recht und der natürlichen Vernunfft ähnlich ist, dann, der dem anderen seine Arbeit um diß oder jenes Werck zu verfertigen oder zu besseren bedingt, der macht sich nicht frey, wann er nur einen Theil macht oder reparirt. Text in L. maritus 61. Aus Ursach, weil der Contract genau ist muß erfüllet werden.

Wann also zwischen dem Herrn und dem Meister bedungen worden, das ganze Werck herzustellen, so erfüllet der Meister den Contract nicht, wann er die Sach ausmacht. Eine andere Ursach gibt Oldendorp. de action. class. 4. art. 10. §. fin. n. 9. Weil ein jedwedere Obligation untheilbar ist, L. stipulatio non dividatur. L. in exsecutione §. secunda species. ff. de V. O. Ist also nicht erlaubt, daß der Meister seine Obligation abtheile, da er einen Theil verfertiget, und den anderen liegen laßt, wann schon der Herr leicht einen anderen haben kan, der die Sach ausmacht, zumahlen zwey da sie eine Sach machen, doch nicht eine gleiche Arbeit verrichten.

2. Der Art. setzt bey, daß ein solcher Meister, der vom Werck abstehet, dem Herrn um allen Schaden gehalten seye, welchen er hierdurch erleidet. Aus Ursach, weil ein nicht geringes Verschulden ist so offenbar dem Contract zu widerstreben, bey dem Locations-Contract aber, wie wir schon zuvor gesagt haben, muß lata und levis culpa præstirt werden, weilen diser Contract zu beyden Contrahenten Nutzen geschlossen wird, wann nur der Herr den Schaden erweisen kan, oder Krafft des Art. notorisch ist, da der Schaden wissentlich wäre, das ist, wann zwey Puncten liquid seynd, nemlich der Schaden, und wie vil solcher ausmacht, diß beydes aber haben wiederum, wie wir schon in vorigen Art. ausgelegt haben, die Erfahrne in der Kunst auszusprechen: Aus disem doch folget nicht, daß, wann der Herr keines aus beyden probiren kan, der Meister von Ausmachung des Wercks abstehen könne, weil sein Obligation, so untheilbar ist, allzeit verbleibt, das Werck auszumachen, wann schon der Herr wegen des Meisters Abweichung vom Werck keinen Schaden leidete, weil der Meister das Werck auszumachen hauptsächlich verbunden ist, die Ersetzung des Schadens aber allein conditionirt ist, wann hieraus ein Schaden entsprungen ist. Vid. etiam art. 8. lib. 4. tit. 13. der Policey-Ordnung.

3. Jene Gewohnheit aber, welche an einigen Orten obschwebt, ist lediglich unvernünfftig, welche mit sich bringt, daß einer nicht ausmachen könne, was der ander angefangen hat, weil ein solcher in das crimen monopolii verfalle, wie gesagt wird in L. unic Cod. de monop. welches also zu verstehen ist, wann das Werck aus einer Nothwendigkeit unterbrochen worden. Zum Exempel, weil der Meister gestorben, oder das Werck auszumachen unfähig worden ist. Dann in solchen Fall verbietten, daß ein anderer das angefangene Werck nicht ausmachen soll, ist ein purer Neyd, so auf keine Weiß zu erdulten ist, wann aber das Verbott zu dem End geschieht, daß der ander, der von Werck abstehet, sein Versprechen halten soll, so ist ja ein solches unter Werck-Meistern errichtetes Statutum ehrlich und erlaubt, welche zu Zeiten ihre Articul mehrers schätzen, als die offentliche Gesätz und Befehl der Obern. Diß zwar verordnet unser Art. es können doch auch andere Arthen bedungen und eingeführt werden. Der geneigte Leser wird ja bißhero wahrgenommen haben, daß wir den Meister bißhero allzeit einen Locatorem genennt haben, weil er seine Arbeit zu Herstellung eines Wercks vermüthet, und den Bau-Herrn haben wir genennt Conductorem, weil er des Meisters Arbeit bedungen hat, es ist aber eins, wann wir den Meister Conductorem, das ist, daß er das Werck zu machen über sich nemme, und den Bau-Herrn Locatorem, das ist, der dem anderen den Bau bedingt um gewisses Geld herzustellen, nennen.

4. Es ist nun unter anderen Vermiethungs-Arthen auch dise, welche in L. opus 36. ff. locat. überhaupts genennt wird, das ist, wann der Meister, der den Bau über sich genommen hat, die Gefahr über sich genommen, und sagt, daß er den Bau angestimmter massen machen wolle, dann solchen Falls ist der Meister um den äusseristen Fleiß gehalten, und, wann er das mindiste wider den Contract gehandlet hat, so muß er auch den Schaden ex levissima culpa ersetzen. Wir wissen ein Exempel, daß einem Mauer-Meister von einem verreisenden Herrn ein Gebäu mit solcher Condition um 4000. fl. anbedungen worden, daß das Gebäu an allen vier Theilen der Erden durchgehends gerad gesetzt werden, die Länge dessen 92. die Breitte aber 82. Münchner Werch-Schuh im der Liechte, wie sie reden, haben solle, das ist, daß der Grund auf allen Seiten ausser denen 92. Schuhen in der Läng, und 82. Schuh in der Breitte, gelegt werden müsse, in beyden ist gefehlt worden. Dann der Bau-Meister von der Seiten-Linie um 10. Schuh gefehlt, und die Mauern, absonderlich die Seiten-Mauern inner den 82. Schuhen gesetzt hat, also daß deßwegen nicht allein wegen Enge der Stiegen, sondern auch wegen Einsetzung der Fenster-Stöck ein grosser Unform entstanden, welcher, obwohlen handgreifflich gewesen, doch von anderen Meisteren nicht für sattsam hat wollen erkennt werden, daß der Bau-Meister um jenes soll condemnirt werden, was dem Herrn daran gelegen ware,

also

also schlechter Glauben ist dergleichen Leuthen beyzumessen. Diß aber ist zu mercken, daß, wann in dict. L. opus 36. ff. locat. von Ubernahm der Gefahr Meldung geschicht, solches nicht verstanden werden soll von der Gefahr des Casus fortuiti, weilen solchen ohne allen Zweiffel der Herr büssen muß, sondern von der Gefahr rechtmässiger Aufbauung, in welche man auch ex levissima culpa verfallet, weilen der, so den Bau überhaupts übernimmt, vorgibt, daß er das Werck verstehe, und folglich ist er den äussersten Fleiß anzuwenden schuldig, in dem erzehlten Exempel ist dem Bau-Meister der Fehler nachgesehen worden, weilen mehrere über das Gebäu geführte Bau-Meister, ehe ihnen der Fehler gezeigt wurde, solchen nicht gemerckt haben.

5. Ein andere Vermiethungs-Arth ist, wann der Bau-Herr mit dem Bau-Meister bedingt, er werde ihm ein gewisses Stuck Geld bezahlen, wann er den Bau hergestellt hat, daß er ihm gefallt, worüber ein Text ist in L. si prius 37. ff. eod. Obwohlen nun die Rechts-Gelehrte insgemein wollen, daß in disem Casu der Erfahrnen Urtheil nicht erfordert werde, weil ihm der Bau-Meister selbsten zumessen muß, daß er ein solches Vertrauen in den Bau-Herrn gesetzt hat, daß er gleichsam still schweigend sich des Urtheils der Erfahrnen begeben hat, dise Sach aber kommt uns gefährlich vor; Es wird eine Fabel oder Geschicht gelesen, daß ein hoch-gelehrter Doctor einem Kupferstecher sein Controve zu stechen um ein gewisses Geld mit der Bedingnuß gegeben habe, wann es ihm gleich sehen werde. Diß hat den Doctor gereuet, und hat dem Künstler das Controve zuruck geschickt, mit der Entschuldigung, daß er die Bezahlung nicht schuldig seye, weil es ihm nicht gleich sehe. Der Künstler hat geantwortet, es seye gantz recht, gehört also das Controve ihm eigen zu. Er hat nun dem Doctor Hörner aufgesetzt, mit Rollen, und hat das Controve offentlich feil gebotten, welches von jederman gekaufft, und der gute Doctor offentlich zu Schand und Spott worden, es seynd also nicht leichtlich dergleichen Bedingnussen einzugehen, weil der Bau-Meister wegen des Bau-Herrn blossen Mißfallen in grossen Schaden einrinnen kan.

Was ist aber Rechtens, wann bey Andingung eines Baues nichts gesagt worden, zu welcher Zeit der Lohn bezahlt werden soll, muß solcher gleich anfänglich, oder nach hergestellten Bau bezahlt werden? Und es kan die Antwort gegeben werden aus dem Text des L. sed artes. 19. §. si quis 5. ff. locati. Weilen aber dergleichen Handwercks-Leuth meistens arm seynd, so ist solcher Text nicht practicabel, besser entscheidet dises Oldendorp. class. 4. act. 9. §. actio conducti. n. 11. Wo er sagt, vor allem müsse der Innhalt des Contracts angesehen werden, welcher gemeiniglich wegen Bezahlung auf gewisse Termin geschicht, wann aber hievon nichts bedungen worden, muß man auf die Gewohnheit des Orts sehen, welche, wann sie die Verordnung des gemeinen Rechts milderet, und die Bezahlung auf gewisse Termin ausstecket, vermeynt er, daß man ehender auf solche, als auf das gemeine Recht gehen solle. Bey uns werden gemeiniglich dergleichen Bedingnussen mit fremden und sonderheitlich mit Welschen gemacht, welche weder wegen des Baus, noch wegen des empfangenden Lohns eine Caution geben können, und deßwegen wird ihnen gemeiniglich nach und nach nur etwas, und meistens so vil auf Abschlag des Lohns bezahlt, als vil der Bau-Herr vermeynt, daß sie am Bau verdient haben. 6.

Der vierte Articul.

Wäre daß ein Schiff-Mann ein Schiff überlüde, oder durch unkündig Leuth, oder Mangel seines Zeugs, dermassen verwahrloset, daß jemand Schaden davon geschehe, solchen Schaden soll der Schiff-Mann gelten, den Leuthen, die den Schaden empfangen haben, dieselben sollen auch des ersten, von des Schiff-Manns Guth gewehrt werden, und soll ihne der Richter darum am Guth, oder da ers am Guth nicht vermögt, und der Unfleiß, oder Verwahrlosung grob, und der Schad groß, nach sein des Richters Ermässigung am Leib büssen. Dergleichen soll es auch mit den Floß-Leuthen gehalten werden.

Sum-

Summaria.

1. Welcher Gestalten, und in wie weit die Schiff- und Floß-Leuth gehalten seyen?
2. Ob der Schiff- oder Floß-Mann den Schaden zu ersetzen schuldig seye, wann einer an denen in das Schiff wissentlich gelegten Sachen geschehen ist?
3. Was Rechtens, wann der Schiff- oder Floß-Mann das Schiff oder den Floß so beladen hat, daß es untergehen müssen, ob er den Schaden ersetzen müsse?
4. und 6. Wann er zum fahren unerfahrne Leuth gebraucht hat?
5. Oder wann der Fahr-Zeug nichts nutz gewesen?
7. Was für eine *Actio* dißfalls Platz habe?
8. Ob die *Actio de receptis privilegirt* seye und welcher Gestalten?
9. Ob nach dem Bayrischen Land-Recht auch die *Actio in factum ex quasi delicto in duplum* Platz habe?
10. Ob die *Actio de receptis* auch Platz habe, bey denen Wirthen und Gastgeben?
11. Ob die Herren, welche denen Wirthen Sachen aufzuheben gegeben haben, das Vorrangs-*Privilegium* haben?

1. Diser Art. handlet von Schiff- und Floß-Leuthen (die Flosser nennet Paulus in L. qui ratiario. 30. diejenige, welche denen zusammen gehäfften Baumen Rueder ansetzen) gleich wie die Schiffer genennt werden, welche die Schiff gubernieren, und allerhand Waaren durch Schiff überführen, aus welchem erhellet, daß wir nicht reden von jenen, welche die Schiff oder Flöß machen, sondern welche solchen vorstehen, und ihren Gewinn suchen. Wider dise Schiff- oder Floß-Leuth nun haben dem gemeinen Recht nach unterschiedliche Actiones Platz. Dann erstlich, wann einer denenselben seine Sachen umsonsten, um solche anderst wohin zu führen, anvertraut, weil sie die Versorgung über sich nemmen, so seynd sie actione depositi gehalten; Andertens, wann einer ihnen seine Sachen um Geld oder bedungenen Lohn zum überführen übergibt, alsdann seynd sie actione locati verbunden, oder drittens, wann unter ihnen nichts solches bedungen worden, und nichts destoweniger seine Sachen einer in das Schiff gethan hat, und sie oder ihre Knecht solche angenommen haben, alsdann seynd die Schiff- oder Floß-Leuth ex edicto prætoris de receptis gehalten, welches sich weiters erstreckt, als die Actio depositi, welche nur ex dolo, und lata culpa Platz hat; Oder die Actio locati conducti, welche nur ex dolo, lata, & levi culpa Platz findet; Wo hingegen das Edictum prætoris auch die Schiff- und Floß-Leuth verbindet, wann der Herr an seinen Sachen Schaden gelitten auch ohne Verschulden des Schiff- oder Floß-Manns, weilen eben darum, daß die Sachen in das Schiff genommen worden, solche der Schiff- oder Floß-Mann besorgen muß, wann schon von der Versorgung mit ihm sonderheitlich und ausdrucklich nichts bedungen worden, wann nur die Sachen mit Vorwissen des Schiff- oder Floß-Manns, oder dessen hierzu bestellten Bedienten eingelegt worden, dann eben darum bekennt der Schiff- oder Floß-Mann, daß sein Schiff oder Floß ein sichers und daugliches Ort seye, dem des anderen Sachen sicher vertraut werden können. Endlich viertens hat wider die Schiff- oder Floß-Leuth auch die Actio in factum ex quasi delicto in duplum Platz, wann die Sachen in das Schiff oder Floß eingenommen, und gestohlen, oder sonst verderbt worden. Wie die DD. lehren bey dem §. item exercitor 3. Inst. de oblig. ex quasi contract. und bey dem Titul ff. naut. caup. stabul.

Es scheint, daß unser Articul diß alles mit einem Faden zusammen ziehe, und sonderheitlich auf den Titul des gemeinen Rechts de receptis naut. caup. und stabul. eine Reflexion mache. Nun von der Gattung der Action zu abstrahiren, so wir in Schulen denen subtileren Juristen überlassen, weilen sie vermeynen, daß dißfalls die Recht einander selbst widersprechen.

Wir sagen erstlich, daß ein Schiff- oder Floß-Mann den Schaden zu ersetzen schuldig seye, welcher denen Sachen, die wissentlich in das Schiff, oder auf den Floß eingenommen worden, widerfahren. Hierüber 2.

Andertens setzt unser Art. drey Casus, der erste ist, wann der Schiff- oder Floß-Mann aus Unerfahrenheit das Schiff oder den Floß also überladen hat, daß er untergehen müssen: Uber disen Casum ist ein Text in L. item quæritur. 13. §. 1. ff. locati. Wo gesagt wird, daß, wann der Schiff-Mann eine Sach an ein gewisses Ort zu überführen aufgenommen hat, und, weilen das Schiff im Fluß nicht fortkommen kan, die Waaren auf ein anderes Schiff überladen hat, und solches Schiff im Fluß zu Grund gegangen, hierum der erste Schiff-Mann gehalten seye, welches wiederholt wird in bemeldtem Text in L. item quæritur §. 9. Aus Ursach, weilen der Schiff- oder Floß-Mann 3.

Mann ein Profession vom Fahren macht, und gründlich wissen muß, wie schwer ein Fluß beladen werden könne. Ich bin einstens in unsern Vatterland von der Stadt Amberg nacher Regenspurg verreist, wo unter Weegs 3. Flüß seynd; Der erste wird genannt die Filß, ein Fluß, so von lauter Brunn-Quell entspringt; Der ander wird genennt die Nab, so trüb und reissend ist: Der dritte ist die Donau, in welche vorige zwey einfliessen, und ist still und ruhig, wo ich merckwürdig beobachtet hab, daß ein Schiff nachdem es aus der Filß in die Nab eingeloffen, um einen gantzen Zohl ja tieffer ins Wasser gesuncken, und da es aus der Nab in die Donau geflossen, noch tieffer gesuncken seye; Welches denen Schiff- und Floß-Leuthen bekannt seyn muß, damit sie nicht sonsten ihre Schiff und Flöß also beladen, daß sie an seichteren Orten stecken bleiben, oder in tieferen Orten gar untergehen, welchen Falls der Schiff- oder Floß-Mann den Schaden zu ersetzen schuldig ist.

Man wird sagen, wie diß geschehen könne, daß ein Schiff oder Floß in einem Wasser mehr oder weniger tragen könne, als im anderen? Wir antworten, daß diß aus der Philosophi leicht erwiesen werden könne, wann man zwey Grund-Sätz nimmt. Erstlich, daß ein Wasser schwerer seye, als das andere, und zwar Regul-mässig ist das Brunnen-Wasser, item das reissende und bewegliche Wasser schwerer, als das faule Wasser, wie wir sehen am Holtz, daß ein altes faules Holtz weit ringer als das frische ist. Andertens, daß ein jede in das Wasser geworffene Sach so vil von seiner Schwere verliehre, als vil das Wasser wiegt; Diß ist ein Philosophisches Geheimnuß, so in der Speculation bestehet, aber wahrhafft und nicht eitel ist. Wann nun wie wir gesagt haben, ein Brunnen-Wasser schwerer als das faule Wasser ist, und das fliessende Wasser schwerer ist, als das still stehende: So folgt handgreifflich, daß, wann ein Schiff von einem Fluß in den andern überfallt, solches müsse erhebt werden, oder tieffer sincken, die Schiff-Leuth, die alle Meer und Flüß durchschiffen, wissen diß alles auf das genauiste, und können ihre Schiff oder Flöß also nach dem Wasser beladen, daß sie bey guten Wetter selten eine Gefahr leiden. Wir aber wollen die Philosophische Sachen zu examiniren anderen überlassen, in unsern Art. wird dise Regul gesetzt, das Schiff- und Floß-Leuth, dise Sach verstehen müssen, und deßwegen, wann das Schiff oder der Floß zu sehr überladen, und Schaden leidet, sie allen Schaden ersetzen müssen, weil die Unwissenheit bey jenem, der eine Kunst profitirt, eine grosse Culpam ausmacht.

Der andere Casus ist, wann der Schiff- oder Floß-Mann zum fahren liederliche, betrunckne, und schläffrige Dienstbotten braucht; Krafft der Wort: Da er sein Schiff oder Floß durch unkündige verwahrloset. Dann es ist ein grosses Verschulden unerfahrne Leuth gebrauchen. L. si merces. vers. 25. §. qui columnam ff. locat. 4.

Der dritte Casus ist, wann der Fahr-Zeug nichts nutz, villeicht verfault gewesen, oder in Schiffen die Fuegen nicht sattsam verpicht, und vor Einlauffung des Wassers nicht genug versichert worden, oder wann der Floß mit dirren Wieden zusammen gebunden worden, und was dergleichen Schiff- und Floß-Leuth schluderische Sachen mehr seynd, worauf sie das Leben und Waaren anderer mit Lachen in Gefahr setzen. Dann solche seynd Krafft unsers Articuls keiner Verzeyhung würdig. 5.

Wir setzen auch den 4. Casum bey (welcher doch mit dem 2. zimlich einschlagt) wann der Schiff- oder Floß-Mann selbsten dem Schiff oder Floß nicht vorstehet, sonder einen anderen statt seiner bestellet: Dann in all dergleichen Fällen ist er um den Schaden gehalten, wann einer entweders aus Verschulden seiner Leuth, oder aus schlechter Beschaffenheit des Schiff oder Floß, oder wegen schlecht verdort, oder verfaulten Fahrzeug, oder wegen übler Aufsicht oder sonsten erfolgt ist. 6.

Diß aber ist zu erforschen übrig, von was für einer Action oder Rechts-Mittel unser Art. handle, weilen wir oben von vier gered haben, welche nach Beschaffenheit der Umständ Platz haben können? Und wir antworten, daß in disem unsern Art. weder vom Deposito, noch von dem Contract locati conducti mit einem Wort eine Meldung geschehe. Und dahero die Casus, so sich über die Materi dises Art. ergeben (wann nicht erwiesen werden kan, daß ein anderes bedungen worden) weder nach den Reguln des Depositi, noch nach den Reguln des Contracts locati conducti auszusprechen seyen, sondern nach Innhalt des Edicti prætoris, nautæ, caupones, stabularii &c. welches wie wir kurtz zuvor gesagt haben, zweyfach ist, eines rei persecutorium, das andere Pœnal, das erste wird genennt Actio de receptis, das andere Actio in factum ex quasi delicto. 7.

Was die Action de receptis anbelangt, sagt zwar unser Articul nichts, daß die Schiff- und Floß-Leuth um Ruck-Stellung der ihnen anvertrauten Sachen gehalten seyn, weilen aber derselbe um allen Schaden und Interesse condemnirt, so ist an sich selbst die Folge, daß dise Verordnung auch die Ersetzung der verlohrnen oder beschädigten Sachen in sich begreiffe, und gantz recht, dann wie könnten die Schäden und Interesse taxirt werden, wann wir nicht das Fundament aus dem Werck der Sachen hernemmeten.

Was aber den anderen Theil des Edicti prætoris anbetrifft, scheint daß unser Articul darauf keine Acht gebe, weilen von Ersetzung des doppelten niergends mit einem Wort Meldung geschieht, weilen aber der Articul ausdrucklich beysetzt, daß ein solcher nachlässiger Schiff- oder Floß-Mann nach Beschaffenheit der Umständ und des Verbrechens an Leib und Guth bestrafft werden könne, so bringt er klar mit sich, daß beyde Theil des Edicti prætoris Platz haben. Dan es ist mehr, einen am Leib als um das doppelte der verlohrnen oder beschädigten Sach bestraffen.

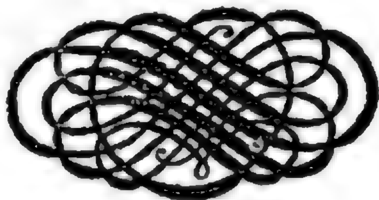
8. Nun aber folgt eine andere und schwerere Frag, ob nemlich die Actio de receptis privilegirt seye, und welcher Gestalten? Die Ursach zu zweifflen ist, weil unser Articul ausdrucklich sagt, daß der so Schaden gelitten hat, aus des Schiff- oder Floß-Manns Mittlen vor anderen zu frieden gestellt werden solle. Solle des ersten, von des Schiff-Manns Guth gewehrt werden. Welche Wort, nach unserer Land-Recht-Arth zu reden allzeit ein privilegirte Schuld betreffen. Wie zu sehen ist in Art. 11. Tit. 21. der Land-Recht. Wo gesagt wird, daß ein jeder Herr seinen Herrschafftlichen Forderungen anderen Glaubigern müsse vorgezogen werden, soll des ersten gewehrt werden. Wie dann auch in Gant-Proceß Tit. 2. Art. 9. er nicht allein das Privilegium einer still schweigenden Hypothec, sondern auch vor anderen Glaubigern das Vorrangs-Recht hat: Und dises Privilegium ist villeicht jenen, welche ihre Sachen denen Schiff- oder Floß-Leuthen anvertrauen, von darumen gegeben worden, weilen auch sie Schiff- oder Floß-Leuth wegen des Lohns privilegirt seynd. L. hujus 6. ff. qui pot. in pign. Weßwegen sie anderen Glaubigern vorgehen. Dann es scheint recht zu seyn, daß der Schiff-Mann und jene, die ihme ihre Sachen anvertrauen, gleich gehalten werden sollen, sie wurden aber nicht gleich gehalten, wann der Schiff-Mann wegen seines Lohns vor anderen Glaubigern das Vorrangs-Recht hätte, die Herren aber nicht, welche ihm ihre Sachen anvertraut haben; Hingegen scheint sehr hart zu seyn, daß, wann villeicht der Schiff-Mann schon lang zuvor mit Hypothecen versicherte Glaubiger gehabt hat, dise allen weichen sollen, welche wegen schlechter Gubernirung des Schiffs oder Floß beschädiget worden. Hernach kan kaum erwiesen werden, in welcher Class, wanns auf den Gant-Proceß ankommt, unter anderen Glaubigern solch Beschädigte gesetzt werden sollen? Unterdessen, weil der Art. also klar geschrieben stehet, können wir selben nicht abänderen, obwohlen wir gern gesagt hätten, daß dises Privilegium der ersten Gewehrschafft. Allein unter den gemein Glaubigern, und nicht jenen, so mit Hypothecen belegt seynd, Platz habe, absonderlich bey jenen, so auch ein Vorrangs-Recht haben, aus der, wie erhellet, guten Ursach, weilen die Sachen, welche in das Schiff oder Floß gegeben werden, gleichsam in die Händ des Schiff- oder Floß-Manns depositirt werden. Ob aber bey dem Gant-Proceß Tit. 2. Art. 31. haben wir schon gesagt, daß dem Deposito, so nicht mehr in natura verhanden ist, wenigist unter denen gemein Glaubigern das Vorrangs-Recht, und, wann die übrige gemein Glaubiger auch ein Personal-Freyheit haben, das erste Ort zustehe; Weilen nun die in das Schiff aufgenommene Sachen unter Verwahrung des Schiff- oder Floß-Manns seynd, wann schon von disem nichts gehandlet oder pactirt worden, so scheint, daß nicht übel der Schluß zu machen, daß, wann solche Sachen verlohren gangen; In des Schiff- oder Floß-Manns Güther das Privilegium personale wie bey dem Deposito zu zulassen seye, welches doch dir geneigter Leser zur weiteren Uelegung überlasse, weilen die Wort: Soll der erste Gewehrer seyn. Sonsten in ihren eigentlichen Verstand auch einen Vorrang vor denen mit Hypothecen bedeckten Glaubigern mit sich zu bringen anscheinen, obwohlen in der That nicht erhellet, in was für eine Class solche Forderung solle gesetzt werden. Doch vermeynen wir, diß gewiß zu seyn, daß dise Action de receptis allein privilegirt seye, in so weit sie rei persecutoria ist, weil unser Articul allein von Ersetzung des Schadens redet, wo er dem Beschädigten dises Privilegium zulaßt, daß in des Schiff-Manns Güther ein solcher der erste Glaubiger seyn soll, und nachgehends endlich beysetzt, daß, wann der

der Schaden mercklich ist, auch nach Richterlicher Ermässigung die Straff fürgenommen werden soll. Wodurch ja bedütten werden will, daß die Straff mit der Ersetzung des Schadens nichts gemeinsames habe, wie wir im Gant-Process gesagt haben, daß die Straff der Zwy-Gült mit defraudirten Steurn und Accisen in die vierte Stell nicht zu setzen seye, und regulmässig seye, daß wegen der Straffen dem Fisco zu Præjudiz der Glaubiger kein Privilegium zustehe.

9. Kurtz zuvor haben wir gesagt, daß wegen des anderen Theils des Edicti prætoris de receptis auch die Actio in factum ex quasi delicto um die Zwy-Gült wider den Schiff- oder Floß-Mann Platz habe, an dessen statt unser Articul des Richter willkürliche Straff nach Beschaffenheit der Umständ gesetzt hat, obwohlen nun gesetzt, daß an einem Ort die Straff der Zwy-Gült noch im Brauch seye, so vermeynen wir doch, daß dises Vorrangs-Privilegium bey den Güthern des Schiff-Manns vor anderen Glaubigern diser Action in factum in so weit sie pœnalis ist, auf keine Weiß zustehe, wie die DD. auch der actione furti, so weit sie pœnal ist um das doppelte oder vierfache kein Privilegium zulassen, obwohlen einige dem Bestohlnen unter denen privilegirten gemein Glaubigern einen Platz einraumen.

10. Man wird fragen, ob, was hier von Schiff- und Floß-Leuthen gesagt wird, auch bey denen Wirthen und Gast-Geben Platz finde? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen dem gemeinen Recht nach eben auch die Actio de receptis bey den Wirthen und Gast-Geben Platz hat, welche unser Articul denen Schiff- und Floß-Leuthen von darumen zueignet, weilen dise Leuth Profession machen die Sachen zu verwahren, und also Krafft des Edicti prætoris zu grösseren Fleiß verbunden seynd, also daß der Schiff- oder Floß-Mann, Wirth oder Gast-Geb auch die Dienstbotten, so zu disem Amt bestellt seynd, ohne all ihr Verschulden vertretten, und wegen selben stehen müssen. Und wir antworten, gar gewiß zu seyn, daß die Actio de receptis nicht anderst wider die Wirth und Gast-Geb zustehe, als wider die Schiff- und Floß-Leuth, dann sie seynd von gleichen Gesichter, und werden in dem gemeinen Recht unter einem Titul begriffen.

Ein grösserer Zweiffel ist, weßwegen wir sonderheitlich besorgt seynd, ob auch die Herren über die denen Wirthen und Stall-Leuthen anvertraute Sachen ein Vorrangs-Freyheit haben, sollen des ersten gewehrt werden. Gleichwie die Herren wegen denen in das Schiff oder Floß gegebnen Sachen, weil kein Ursach des Unterschieds gegeben werden kan, warum diß bey den Schiff-Leuthen, und nicht auch bey den Wirthen und Stall-Leuthen Platz gewinnen soll? Weilen aber die Privilegia stricti juris seynd, und in unsern Bayrischen Land-Rechten nichts entworffen zu finden, daß des Wirths oder Stall-Manns Glaubiger denen übrigen des Wirths oder Stall-Manns Glaubigern vorgehen sollen, so können wir eines Gesatz-Gebers Stell nicht vertretten, und ihnen einen Vorrang einraumen, absonderlich, weilen auch jenen ich, welche ihre Sachen denen Schiff und Floß-Leuthen anvertrauen, dise Freyheit gern benemmete, weil mir vorkommt, sehr hart zu seyn, daß die Glaubiger, welche sich zuvor so sorgfältig mit ausdrucklichen Hypothecen bedeckt haben, durch Unglück ihres Schuldners so schnell um ihr Recht sollen gebracht werden können. Ich wiederholle also meine schon zuvor gegebne Meynung, daß disen Glaubigern, die anderen etwas anvertrauen, wenigist aus Mitleyden der Vorrang unter denen gemein Glaubigern zugelassen werde, nicht aber unter denen mit Hypothecen bedeckten Glaubigern, und solchen Falls will ich gern zulassen, daß all diejenige, welche denen Floß- oder Schiff-Leuthen, denen Wirthen oder Stall-Leuthen etwas anvertraut haben, gleich gehalten werden müssen, in disem allem doch thue ich mich höheren Gericht unterwerffen. 11.



Des

Des XXXIII. Tituls

Von Lehr-Knechten, Ehehalten und Lidlohn.

Erster Articul.

Wo jemand einen Lehr-Knecht oder Jungen dingt auf gewisse Jahr, und gehet der Knecht von ihm in den Jahren, ohn sein Erlaubnuß aus dem Dienst, so ist er dem Meister, den gantzen Lohn, oder gedingt Lehr-Geld schuldig zu bezahlen, und darzu was der Meister beweisen mag, daß er des Schaden genommen hab, und dem Richter die Buß. Es möcht dann Lehr-Knecht bezeugen mit zweyen ehrbaren Mannen, daß ihne der Meister mit solchen Sachen vertrieben hab, die ihm schädlich wären gewesen, und er nicht erleiden hat mögen, so ist der Meister schuldig, dem Knecht, oder Jungen den Schaden nach billigen Dingen, und Erkanntnuß des Richters abzuthun, und dem Richter die Buß.

Summaria.

1. Welcher Gestalten ein Handwercks Lehr-Jung seine Lehr-Jahr erstrecken müsse?
2. Was ist aber Rechtens, wann er von seinem Meister hart gehalten wird, daß er billige Ursach gehabt, davon zu lauffen?
3. Ob dergleichen Lehr-Jungen müssen ehrlich gebohren seyn, und welche für solche gehalten werden?
4. Was für ein Lehr-Geld müsse bezahlt werden?
5. Wann ein Lehr-Jung kein Lehr-Geld hat, ob er solche mit doppelten Lehr-Jahren ersetzen könne?
6. Ob der Lehrmeister nebst dem Ausgelehrnten ein anderen Lehr-Jungen annemmen könne?
7. Ob der flüchtige Lehr-Jung, so im Land erwischt worden, wieder gestellt werden müsse?

1. Es ist der Brauch, daß die Handwercks Lehr-Jungen, wann sie ein Handwerck zu lehrnen antretten, denen Lehr-Meistern ein gewisses Lehr-Geld versprechen, und sich auf gewisse Jahr verdingen, welche nach Beschaffenheit des Handwercks zu dessen Erlehrnung nöthig seynd. Nun von disen Lehr-Jungen verordnet unser Articul daß sie ihre Lehr-Jahr genau ausstehen sollen, mit dem Beysatz, daß, wann sie nicht die Lehr-Jahr erstrecken, sondern ehender davon lauffen, der Lehr-Meister berechtiget seye, das gantze Lehren-Geld zu forderen, und, was ihme sonsten am Interesse abgehet, zu begehren, weil der Lehr-Jung vor der Zeit entwichen ist. Aus Ursach, weilen diß ein Contract locati conducti und also bonæ fidei ist, welcher, wann nicht genau gehalten wird, muß beyderseits aller Schaden ersetzt werden, und dahero setzt der Articul gleich hinzu, daß, wann der Lehr-Jung von seinem Lehr-Meister zu hart gehalten wird, daß er billige Ursach davon zu lauffen gehabt hat, gleichfalls der Lehr-Jung berechtiget seye, allen Schaden vom Lehr-Meister zu forderen, doch muß jeder Theil den Schaden erweisen, absonderlich aber der Lehr-Jung, der sagt, man hab ihn zu hart gehalten, muß des Lehr-Meisters Strenge und Rauche beweisen, weil meistens dergleichen Buben die Zucht fliehen, und ihre Arbeit mehrers aus Boßheit, als aus billiger Ursach verlassen, und nach gemeiner Lehr der DD. der Lehr-Meister befugt ist, seinen Lehr-Jungen gemässen zu castigiren, welche Castigirung die Zuchtflüchtige Buben für eine Strengheit und 2.

und Rauche ausdeuten, dise Materi gehört vilmehr zur Pollicey-Ordnung, als zu denen Land-Rechten, worüber auch ein gantzer Titul in lib. 4. tit. 1. der Lands- und Pollicey-Ordnung zu finden ist, wo Art. 2. enthalten wird, daß die Lehr-Jungen müssen ehrlich gebohren seyn, der Amt-Leuth oder Schörgen, item der Mösner, und Forst-Knecht Kinder aber werden für ehrlich erkennt, wann sie keine Blut-Schörgen seynd. Dann dise, wann sie schon ehelich gebohrne Kinder haben, werden nichts destoweniger, weil sie eine Maul haben, zu ehrlichen Handwerckeren nicht zugelassen, welches der 2. Art. in der Pollicey-Ordnung approbirt, wo doch ein Ausnahm beygesetzt wird, wann nicht solche Kinder gebohren worden, ehe der Vatter der Blut-Schörgen Amt versehen, weilen solchen des Vatters zukommende Maul ihnen nichts mehr schaden kan.

4. In wem aber das Lehr-Geld für solche Lehr-Jungen bestehen soll, das wird jedes Orts Obrigkeit zu erkennen überlassen, weil nicht aller Orten die Lebens-Mittel und andere Sachen von gleichem Werth, auch die Handwercker ungleich seynd, daß manches mehr Zeit, und mehr Arbeit erfordert, nach welchen Umständen das Lehr-Geld zu schöpfen ist: Gar recht aber wird mit aller Schärffe verbotten, daß zur Zeit, wo solche Lehr-Jungen aufgedingt werden, keine unnöthige Fressereyen und Saufffereyen sollen angestelt werden, welche die Lehr-Jungen nicht bezahlen können. Obwohlen die Sach schon so weit gekommen, daß unter denen Handwercks- und Bauers-Leuthen nicht das mindiste abgehandlet wird, wo nicht der Anfang und End mit Essen und Trincken gemacht wird.

5. Weilen aber offt Knaben gefunden werden, welche zu Erlehrnung der Handwercker sehr tauglich seynd, welche nur von darumen ausgeschlossen werden, weil sie das Lehr-Geld nicht bezahlen können, so ist an vilen Orten die Gewohnheit eingeführt worden, daß die Lehr-Jungen die Lehr-Jahr verdopplen müssen, und durch ihre Arbeit das Lehr-Geld zu ersetzen, welche Gewohnheit der 4. art. loc. cit. approbirt.

6. Jene Arth ist noch gerechter, daß bey Anfdingung ein gewisses Lehr-Geld benent werde, welches mit der Bedingnuß bezahlt zu werden gepflegt wird, daß nach geendten Lehr-Jahren der Loß- oder Freygesprochne so lang seinem Lehr-Meister als Gesell dienen müsse, biß das Wochen-Lohn das Lehr-Geld ausmacht, weil der Ausgelehrnte durch Verdopplung der Lehr-Jahren leichtlich beschädiget werden kan. Aber eben diser Art. verwirfft jenen schädlichen Mißbrauch, wann die Mit-Meister nicht leiden wollen, daß jener, der einen solchen Ausgelehrnten in seiner Werckstatt hat, um das Lehr-Geld abzuarbeiten, einen anderen Lehr-Jungen aufnemmen, unter dem Vorwand, als wann nicht erlaubt wäre, zwey Lehr-Jungen auf einmahl zu haben, weil der andere, wie wir gesagt haben, schon frey gesprochen worden, und also für einen Lehr-Jungen nicht mehr zu halten ist.

7. Wir haben zwar kurtz zuvor gesagt, daß ein Lehr-Jung, der vor ausgestandener Lehr-Zeit aus Muthwillen darvon geloffen, das Lehr-Geld verliehre, und zugleich seinem Lehr-Meister allen Schaden abthun müsse; Was ist aber Rechtens wann er nichts in Vermögen hat, und beklagt worden, daß er sein Lehr-Geld abdienen solle? Und es wird geantwortet, daß, wann ein solcher Flichtling im Land erdapt wird, dessen Stellung mit Recht begehrt werde. Krafft des 18. und 25. Art. anderen Theils, der erklärten Lands-Freyheit. Dann eines solchen Lehr-Jungs Excess ist ein Burgerliches Verbrechen, bey Burgerlichen Verbrechen aber hat die Stellung in unsern Vatterland notorischen Platz; Wann aber ein solcher Lehr-Jung ausser Land geflohen, so hat das Handwerck dises Mittel, daß es solchen Flichtling für unredlich schelte, wodurch sie so vil zu wegen bringen, daß solche nirgend, auch auser Land, passirt werden, wann sie nicht zuvor am Ort, wo sie gescholten worden, Richtigkeit gepflogen, biß sie ihren redlichen Nahmen abholen. Das übrige, was die Meister, Lehr-Jung, und ihre Gesellen betrifft, ist in der Pollicey-Ordnung zu lesen;

Der anderte Articul.

Gieng ein Knecht oder Diener von ihrem Herrn, und sprech, die Herrschafft hätt ihn oder sie vertrieben, durch ungebührliche unleidentliche Handlungen, oder durch Hunger, oder sagt, man habe ihm oder ihr Urlaub geben, solches aber die Herrschafft nicht geständig wäre, kan dann der Knecht oder Diern mit zweyen, als obgeschrieben stehet, bewei-

sen, daß ihm also seye, wie er oder sie fürgeben hab, und also die Herrschafft des überwiesen würdet, so ist sie dem Knecht oder Diern schuldig ihren Lohn, und dem Richter die Buß. Wird aber der Knecht, oder Diern unrecht gefunden, so ist man ihnen keinen Lohn schuldig, sonder er soll darzu der Knecht oder Diern, der Herrschafft ihr Saumnuß abthun, und dem Richter die Buß geben.

Summarium.

1. Wann ein Knecht oder Diern ohne rechtmäßige Ursach, auch ohne Erlaubnuß vor der bedungenen Zeit aus dem Dienst stehet, der oder die verliehrt den bedungenen Lohn, und müssen dem Herrn allen Schaden abthun.

1\. Eben jene Excess, welche die Gesellen und Lehr-Jungen bey ihren Meistern gemeiniglich ausgeben, vergeben auch die Ehehalten und die Dienstbotten. Dann dises Geschlecht hat schier überall im Brauch, daß sie auf ein jedes schlechtes Wort des Hauß-Vatters oder Mutters aufbuchen, und mit schlimmen Worten die Entlassung begehren, und wann sie solche nicht erhalten, vor der bedungenen Zeit selbst aus dem Dienst tretten, über dise nun setzt der Art. dise dem Contract locati conducti gantz ähnliche Regul, daß, wann eine Diern oder Knecht vor der Zeit aus den Dienst tritt, den versprochnen Lohn verliehre, und noch darüber schuldig seye dem Herrn allen Schaden zu ersetzen, wann nicht der Diener rechtmässig erweisen kan, daß er die Entlassung erhalten habe, oder zu ungerechten und unerträglichen Diensten angehalten worden, oder daß er aus Hunger darvon gegangen seye, aus der schon oben beygebrachten Ursachen, weil der Contract locati conducti bonæ fidei ist, in welchem gehalten werden muß, was beyderseits die natürliche Billigkeit erforderet; gleichwie nun der Herr seine Dienerschafft gelind tractiren, und sie mit ungerechten und unerträglichen Diensten nicht beladen, und vor allem ein ehrliche Kost geben muß, also auch hingegen, wann vor der Zeit einer aus den Dienst ohne vorläuffige Entlassung des Herrn trittet, wie meistens geschieht, aus Boßheit, Muthwillen, und Halsstärrigkeit, so verliehren sie billig ihren Lohn, und müssen dem Herrn den daraus entstehenden Schaden ersetzen.

Der dritte Articul.

Auch welcher Ehehalt, Knecht, Diener, oder Dienerin seiner Herrschafft, über daß er von ihr gedingt, und verhäfftelt, vor der Zeit, die er zu dienen verpflicht ist, ohn genugsame Ursach den Dienst wieder aufsagte, oder aus einem Dienst gehen, oder weglauffen würdet, ohne Willen und Wissen seiner Herrschafft, und die Obrigkeit derselben Gegend oder Gerichts, darunter sie gehören, nicht erkennt, daß derselbig Ehehalt dessen billig Ursach hat, auch er sich mit seiner Herrschafft, in den nächsten dreyen Tagen, nachdeme er aus dem Dienst gegangen ist, nicht verträgt, so soll alsdann derselb Ehehalt, durch die Gerichts-Obrigkeit, des Orts es geschieht, darzu gehalten werden, damit er, laut seiner Verpflichtung, seiner Herrschafft die Gedingt-Zeit mit Treu völliglichen ausdiene, oder aber nach Erkantnuß der Obrigkeit, derselben seiner Herrschafft, was sie des ungefährlichen Schaden empfaht, denselben Schaden widerlege, oder einen anderen Ehehalten an sein statt, so geschickt, und taugentlich, und der Herrschafft annemlich stelle. Wo aber derselbe Ehehalt, solches auch nicht thun, und darüber entweichen, oder anderstwo dienen wurde, soll ihne jedes Orts Gerichtliche Obrigkeit, wo er betretten würdet, mit fänglicher Annemmung, und anderer billiger Straff und Pön, nach Gestalt seiner Verschuldung, darzu halten, damit er eins, wie vorstehet, thue, und entwischen niemands anderen

deren zu dienen gestatten, biß so lang er von dem ersten Dienst, völliglich entlediget, auch mit der Gerichts-Obrigkeit, der Straff halben, abkommen ist.

Summarium.

1. Diser Art. befiehlt allen Obrigkeiten, daß solche heimlich davon gehende Ehehalten niergends sollen geduldet, auch für keine Unterthanen gehalten werden, biß sie sich inner 3. Tägen stellen, und sich mit ihren Herrn vereinigen.

1. Dises legt vollständiger aus diser nachfolgende dritte Art. wo er erstlich redet von einer solchen Diern oder Knecht, der rechtmässig gedingt worden, und zwar 2. auf eine gewisse Zeit, und 3. ohne genugsame Ursach vor verstrichner Zeit aus dem Dienst gehet, oder 4. heimlich ohne Wissen und Willen des Herrn austrittet. Disen nun verfolget der Art. und befihlt allen Obrigkeiten, daß in der Nachbarschafft niergends ein solcher gelitten, noch für einen Unterthanen erkennet werden soll, biß er innr 3. Täg sich mit seinem Herrn vereinige, oder einen anderen dem Herrn anständigen an seiner statt stelle, und den Schaden ersetze, deren wann er keines gethan, und sich weiters entziehet, so wird allen Obrigkeiten anbefohlen, daß ein solcher eingelegt, und mit ergibigen Straffen belegt und angehalten werden solle, daß er der Verordnung dises Art. entweders durch Antrettung des alten Diensts, oder durch Zufriden-Stellung des Herrns Satisfaction geben, und dem Richter die Straff nach Beschaffenheit offen verbleiben soll. Diser Art. ist zwar genau und scharff genug, aber in unsern Vatterland schier ohne Wirckung, weilen absonderlich die Bauern schier keine Ehehalten haben bekommen können, wann ihnen nicht allerhand überflüssiges zugelassen wurde, daß nemlich sie allen Stuelfesten, und Hochzeiten, allen Kirchweyhungen, Märckten, allen Däntzen und Scholdereyen beywohnen können, und zu lauffen darffen, welche ja gantz ungebührlich wäre, und weilen ausser unsern Vatterland in Schwaben und Francken solche Sachen frey gestattet werden, und noch darüber denen Diernen und Knechten bessere Lohn gegeben werden, so wäre die Sach schier so weit gekommen, daß die Bauern an Ehehalten Mangl gelitten, deme doch mit disem kurtzen Mittel begegnet worden, daß aller Unterthanen Kinder haben müssen beschrieben werden, welche ausser Land in anderen Diensten waren, mit der ausdrucklichen Bedrohung, daß, wann sie sich nicht in gewisser Zeit stellen, und im Vatterland dienen, sie für offentlich relegirt gehalten werden sollen, welche Schärffe sie wieder in das Vatterland herein gezohen hat, weilen unsere Leuth nichts mehrers als die Relegation scheihen.

Der vierte Articul.

Als sich zwischen der Herrschafft, und ihren Dieneren, und Dienerin aus unzeitlicher Auffsagung der Dienst, vil Unwillens begeben. So soll demnach füran in solchem nachfolgende unterschidliche Maß, und Zeit gehalten werden, also daß ein jede Herrschafft, seinem Ehehalten sechs Wochen, und die Ehehalten ihrer Herrschafft acht Wochen, ungefährlich vor Ausgang des Jahrs, oder der gedingten Zeit, den Dienst, sich darnach wissen zu richten, auffkünden sollen. Wo aber solche Auffsagung, dermassen, wie ob gemelt, nicht geschieht, so soll alsdan die Herrschafft den Ehehalten zu behalten, und entgegen der Ehehalt der Herrschafft weiter zu dienen schuldig seyn. Verhielt aber ein Ehehalt sich untreu, und unzüchtig, oder thäte sonsten solche üble Sachen, daß ein Herrschafft den Ehehalten länger im Hauß nicht dulten möchte, oder solte, oder dargegen die Herrschafft gegen dem Ehehalten zu grob und hart wäre, daß er nicht dienen kunte, ist man beyderseits die geordnete Zeit zu halten nicht schuldig.

Sum-

Summaria.

1. Ob die Ehehalten auf gewisse Zeit gedingt werden können?
2. Was Rechtens, wann die Ausdingung ohne Bestimmung gewisser Zeit geschicht, ob solche auf ein Jahr seye, und zu was Zeit die Aufkündung geschehen könne?
3. Warum ein Knecht, oder Diern dem Herrn ehender aufkünden müsse, als der Herr ihnen?
4. Ob einer seine Diener auf mehr als 3. Jahr lang dingen könne?

1. Auf zweyerley Arth werden die Ehehalten gedingt entwedes auf eine gewisse Zeit. In dem ersten Fall muß der Contract erfüllet werden. Setze nun, daß zwischen mir und meinem Diener bedungen worden, daß keiner dem anderen vor Umlauff der drey Jahren aufkünden könne; dann wann eine Verdingung eines Hauß auf drey Jahr beyderseits giltig ist, warum soll nicht auch giltig seyn die Bedingung der Ehehalten auf drey Jahr? Muß also der Herr, und der Diener ein anderer den Contract halten, weil diser Contract bonæ fidei ist, und jeder solchen halten muß.

2. Wann aber wegen einer gewissen Zeit nichts bedungen worden, so wird darfür gehalten daß diser Contract nur ein Jahr daure, und, wann nach verstrichenen Jahr der Herr oder Diener solchen Contract unterbrechen will, so liegt dem Herrn ob, daß er seinem Diener oder Diern 6. Wochen vor Verfluß des Jahrs den Dienst aufsage, der Diener aber oder Diern acht Wochen zuvor den Dienst aufkünde. Wann aber keines Theils von der Aufkündung biß zum End des Jahrs nichts gemeldet worden, so wird darfür gehalten, daß es bey der alten Bedingung sein Verbleiben habe.

3. Wann man fragt, warum der Diener oder Diern dem Herrn früher den Dienst aufsagen müsse, als der Herr dem Diener oder Diern? So vermeynen wir, es seye die Ursach, weil die Dienerschafft weit leichter andere Dienst bekommen kan, als der Herr neue Dienstbotten, wenigist, welchen nichts auszustellen ist, weilen unter disen Leuthen wenig zu finden, die kein Aber haben? und dahero, obwohlen in unsern Art. verordnet wird, daß die Dienst-Wechslung nicht geschehen könne, ausser nach Verstreichung der bedungenen Jahren, wann jedoch ein Knecht oder Diern sich übel verhaltet, untreu ist, unzüchtig lebt, oder etwas anderes begehet, welches dem Herrn nicht anstendig, und unerträglich ist, so kan solcher vor der Zeit weggejagt werden, wie dann auch von Bestand-Nemmung eines Hauß gesagt wird, daß wann der Bestands-Mann sich übel aufführt, daß ihn der Herr nicht mehr gedulten kan, solcher vor der bedungenen Zeit ausgetrieben werden kan, wie wir mit mehrerem bey dem 5. Art. 17. Tit. der Land-Recht ausgelegt haben. Obwohlen wir auch mit Widersprechen, daß auch die Dienerschafft berechtiget seye, wegen der Herrn oder Frauen Schärffe (welche zu Zeiten gar zu streng, böß, und unerträglich seynd) vor der Zeit den Dienst aufzusagen, welches die eintzige Ursach an Seiten der Herrschafft ist, und für erklecklich gehalten wird, wo hingegen, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, an Seiten der Ehehalten weit mehrere seynd, und alle gleichsam in einem kurtzen Begriff in disen Worten enthalten seynd: Da ein Ehehalt solche üble Sachen thät, so die Herrschafft im Hauß länger nicht dulten möchte. Es hat also der Herr grösseren Gewalt die Ehehalten weg zu schicken, als die Ehehalten den Dienst zu verlassen.

4. Wann man fragt, ob einer einen Diener auf mehr Jahr als auf 3. dingen könne? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen der Bestand einer Sach über 3. Jahr nicht giltig ist, sonder in die Gestalt des Emphyteusis überschreittet, wie wir in bemelten 5. Art. 16. Tit. gesagt haben, scheint also, daß auch eben dises von Dingung der Ehehalten zu sagen seye. Es ist aber der Unterschied an sich selbsten klar; dann wann ich dem anderen zum Exempel in meinem Hauß, Acker, Wiesen, und dergleichen die Nutz-Niessung auf mehr dann 3. Jahr zum Exempel auf 10. Jahr gestatte, so wird ich erachtet, daß ihme ein Jus reale einraume, welches in den Contractum emphyteseos einschlagt; wann aber einer mir seine Arbeit andingt, so kan solche Bedingung für nichts anderes als für einen blossen Personal-Contract gehalten werden; weil die Arbeiten nichts anderes seynd, als ein Personal-Verrichtung, es kan auch keiner an seinem Leib ein Jus reale bedingen, wann er sich nicht als einen leibeignen verkaufft, welches unter den Christen nicht mehr im Brauch ist. Wir sehen also nicht, warum ein Diener sich nicht auf mehr als 3. Jahr verdingen könne, weil villeicht der Herr ein solches Werck zu verfertigen hat, worzu er des Dieners Fleiß und Erfahrenheit auf längere Jahr nöthig hat.

Der

Der fünffte Articul.

WO auch ein Ehehalt seiner Herrschafft ohn redlich Ursachen heimlich aus dem Dienst, in ein ander Gericht gieng, so soll alsdann der Richter desselben Orts, auf der Herrschafft ersuchen, denselben Ehehalten wider in Dienst schaffen, oder aber nach Gelegenheit seiner Ungehorsam, und Verbrechens, etliche Tag, auf sein des Ehehalten selbs Kostung, fänglich enthalten, und ausserhalb gebührlicher Versicherung nicht ledig lassen.

Summarium.

1. Ein fremder Richter kan auf Ansuchung des Herrn den flüchtigen Diener fangen, einsperren, und dahin anhalten, daß er in vorigen Dienst eintrette.

1. DIser Art. schlagt mit dem 2. und 3. ein, und bestättiget, daß ein heimlich davon geloffener Ehehalt in unserm Vatterland von fremden Richter auf Ansuchen des Herrn gefangen, eingesperrt, und nach Beschaffenheit des Ungehorsams, und Verbrechens auf etliche Täg auf des Ehehalten Kosten in der Gefängnuß behalten, und anderst nicht als gegen Caution entlassen werden könne, und solle. Wir haben im vorgehenden 3. Art. gesagt der Brauch zu seyn, daß an dessen statt durch Compass-Schreiben von des Orts Richter, wo der Ehehalt entloffen, an den Richter des Orts, wo der Ehehalt erwischt worden, dessen Stellung begehrt werde, weil an dem Ort des Verbrechens all jenes, was zu Haltung des Contracts nöthig ist, besser verordnet werden kan. Es scheinet nun daß diß allein in disem Art. ein besondere Sach seye, daß auch ein fremder Richter und Obrigkeit auf Ansuchen eines Privat-Herrn solch flüchtige Ehehalten fangen, handvest machen, einsperren, und dahin anhalten könne, daß er in vorigen Dienst eintrette.

Der sechste Articul.

WUrdet jemand beklagt, von seines Knechts oder Ehehalten wegen, der ist nicht mehr schuldig für ihne zu geben, dann so vil er ihm seines Lohns zu thun ist, er sey dann sein Bürg worden, das soll der Herr entrichten, wie recht ist; wurde aber ein Ehehalt auf sein Herrschafft, ohne derselben Wissen und Befehl etwas ausnemmen, und solches in der Herrschafft Gewalt nicht käme, soll die Herrschafft solches zu gelten und zu bezahlen nicht schuldig seyn.

Summaria.

1. Ob der Herr wegen seines Ehehalten um mehr gehalten seye, als was er demselben am Lohn schuldig ist?
2. Was ist aber Rechtens, wann er für den Ehehalten Bürg worden?
3. Ob nicht ein Wirth-Schiff-Mann oder Stall-Mann für ihre Ehehalten gehalten seyen?
4. Was Rechtens, wann untreue Ehehalten in Kauff-Läden auf Borg Waaren ausnemmen, mit Vorgeben, sie seyen von der Herrschafft geschickt, ob der Herr zahlen müsse?
5. Wann aber der Kauffmann dem Ehehalten geborgt hat, weil er *probiren* kan, daß er diß aus Befehl des Herrn gethan habe, ob der Herr zahlen müsse?

1. DEr erste Casus dises Art. ist, daß der Herr wegen des Ehehaltens Schulden um mehr nicht gehalten seye, als was er dem Ehehalten am Lohn ausständig ist, und in seinen Handen hat, dann wann weder ein Sohn für den Vatter, noch der Vatter für den Sohn, noch der Mann für das Weib, noch das Weib für den Mann gehalten ist, wie wir deßwegen in den Rechten gantze Titul haben, so ist

so ist noch weniger der Herr für den Ehehalten, oder der Ehehalt für den Herrn gehalten.

Ausgenommen erstlich, wann der Herr von des Ehehalten Lohn noch etwas in Handen hat. Weilen, wann des Ehehalten Schuld liquidum ist, oder für richtig gesprochen worden, so kan die Execution über den Rest am Lohn rechtmässig erkennt werden, das ist, wann nicht villeicht der Herr auch eine Forderung hat, wegen welcher ihm das Relations- und also besseres Recht als dem Fremden zustehet.

2. Andertens, wann der Herr für des Ehehalten gemachte Schuld Bürg worden, dann solchen Falls schlagt die Sach in die Materi der Bürgerschafft-Leistung ein, wovon wir oben bey dem 14. Tit. der Land-Recht gered haben, und es scheint, es sey der Herr, so für den Ehehalten Bürg worden, härter gehalten, als für einen Fremden, weil der Glaubigen mehr dem Herrn als dem Ehehalten zu borgen anscheint.

3. Die dritte Ausnahm haben wir gehabt im vorgehenden Titul von Ehehalten und Dienern der Schiff-Stall und Wirths-Leuthen, weilen, da solche disen Geschäfften vorgesetzt werden, der Schiff-Stall oder Wirths-Mann ihre Treu zu approbiren anscheinen, und also gehalten seynd, wann schon sie wegen verlohrnen oder beschädigten Sachen gar keine Schuld begangen haben. Doch mit disem doppleten Abbruch, wann nicht der Schiff-Stall-oder Wirths-Mann ausgeschrien, und offenbahr gemacht hat, daß ein jeder der Gästen auf seine Sach selbsten Obacht geben soll, und die Gäst nichts weiters eingewendet haben. L. 7. ff. naut. caup. stabul. Und andertens, wann ein solcher Diener ausser seinem Amt etwas gethan, und verbrochen hat. L. debet. vers. cæterum ff. eod. L. 3. §. 2. ff. eod. Herm. Stam. de servit. person. lib. 2. cap. 14. n. 8. Lehr, was die DD. gemeiniglich de materia institoria und exercitoria schreiben, weilen all solche Diener, welche ausser ihrem Amt contrahiren, und etwas begehen, den Herrn nicht angehen, wovon viles zureden wäre, wann wir nicht zu nutzlicheren Sachen eyleten.

4. Ein gar offt sich ergebendes Verbrechen ist, welches von Ehehalten begangen wird, daß sie in Kauff-Läden und dergleichen Ort, wo sie wissen, daß man ihrer Herrschafft borge, Waaren ausnehmen, und vorgeben, daß sie von der Herrschafft geschickt seyen, von disen sagt unser Art. daß solche von untreuen Ehehalten gemachte Schulden die Herrschafft zu bezahlen nicht gebunden seye. Aus Ursach, weil niemand wegen des anderen Contract oder Verbrechen gehalten ist, absonderlich wann die Ehehalten ausser ihrem Amt übel thun, und Verbrechen, dann was kan dem Herrn zugemuthet werden, wann die Köchin in Wirths-Häusern Schulden gemacht, oder wann der Gutscher in der Metzg, oder die Beschliesserin auf dem Marck Sachen ausgenommen, oder der Stall-Knecht für die Frau Gallanderien eingehandlet hat. Zumahlen an sich selbsten klar ist, daß dergleichen Leuthen solche fremde Geschäfft nicht anvertraut werden, daß also die Kauff-Leuth und andere ihnen selbsten zumessen müssen, daß sie ihnen geglaubt haben. Lese Gail. lib. 2. observ. 21. n. 6. Rauchbar. quæst. 10. n. 6. 67. 76. & seq. part. 1. farinac. in pract. crim. part. 3. quæst. 110. cap. 3. n. 111. & seq. & consil. crim. consil. 63. n. 1. und andere mehr. Wann jedoch ein Herr zum Exempel ein Advocat seinem Schreiber (welches geschehen zu seyn wir uns erinneren) alle Täg befohlen hat, daß er ihm auf ein Holtz aus dem Wirths-Hauß Bier und Wein hollen solle, und er auch alle Tag seinen Bauch gefüllet, und nachgehends darvon gegangen, so vermeynen wir, der Herr müsse zahlen, obwohlen des Schreibers Amt nicht ist, daß er dem Herrn das Trincken beybringe, weilen er jedoch hierzu öffters gebraucht worden, und durch das Reith-Holtz hierzu das Credit erhalten, so haben wir erachtet, es seye zu antworten, der Herr müsse zahlen, weil er ihm selbsten beymessen müsse, daß er sein Reith-Holtz nicht öffters übersehen und berechnet habe.

5. Diß aber ist allzeit gewiß, daß, wann ein Kauffmann oder dergleichen Handels-Mann einem Diener oder Dienst-Magd Credit gegeben, und erweisen kan, daß er solches aus Befehl des Herrn gethan habe, der Herr die Schuld zahlen müsse, weil der Befehl-Geber für einen Bürgen gehalten wird: Krafft des Text. in L. cum qui 10. §. fin. cùm L. 2. seq. L. si mea causa 12. ff. commodati. Es müssen also die Kauff-Leuth sicher gehen, daß sie denen Ehehalten, welche, weiß nicht was auf ihre Herrschafften lügen, so leicht nicht Glauben geben, wann sie nicht von dem Willen des Herrn versichert seynd, weil keine Betrügereyen öffters vorkommen, als welche von denen Ehehalten wegen habenden Gelegenheit begangen werden, welche dergleichen ledige und meistens vagirende Leuth haben, leichtlich zu excediren, und an fremde Ort sich weg zu begeben, wo ohne das sie grössern Lohn bekommen können. Hypolit. de Marsil. singul. 430.

Der

Der sibende Articul.

Sendet jemand seinen Knecht über Land, und würdet dem Knecht sein Gewand, oder sein Pferd, ob er ein eigens hat, in seines Herrn Dienst, ohn sein Schuld und Verwahrlosung genommen, das soll ihm der Herr gelten. Führt aber ein Knecht seines Herrn Haab über Land, und arbeit oder handlet der Knecht darneben, auch mit seiner eignen Haab, und wurde ihm sein Haab, mit oder ohne seines Herrn Haab genommen, so ist ihm der Herr nichts schuldig darfür zugeben.

Summaria.

1. Ob und welcher Gestalten der Herr um Ersetzung des Schadens gehalten seye, wann einer in seinen Diensten solchen erlitten hat?
2. Ob der Fürst seinen Abgesandten die Freyheit *praestiren* müsse?
3. Was ist aber Rechtens, wann einer aus eigner Schuld in eine Gefahr verfallen ist.
4. Ob *Culpa lata* erfordert werde, oder ob *Culpa levis* genug seye, in welche auch die Verweilung einschlagt?
5. Was Rechtens, wann einer ein Geschäfft zu verrichten nicht aus Noth, wie ein Diener, sonder freywillig auf sich übernommen hat?
6. Wann ein Diener mit Gelegenheit des ihme aufgetragenen Geschäffts auch für ihn handlet, und in eignen Sachen unversehens Schaden leidet, ob der Herr solchen ersetzen müsse?
7. Wann aber Diener seine Sachen denen Raubern überlassen, damit er des Herrn kostbarere Sachen erhalte, ob er den Schaden begehren könne?

1. EIne bekannte Frag ist, ob und welcher Gestalten der Herr den Schaden ersetzen müsse, wann in des Herrn Diensten einer einen Schaden erlitten hat? Es scheint der Mühe nicht werth zu seyn, über dise Materi viles zu disputiren, was für ein Contract entspringe, wann der Herr seinen Diener um ein Geschäfft zu verrichten verschickt, ob die Actio negotiorum gestorum, mandati, institoria, oder exercitoria oder ein andere Platz habe, und um was jeden Theil dem anderen gehalten seye? Uns ist genug der Ausspruch unsers Art. welcher dißfalls klar ist, daß, wann der Herr den Diener braucht zu Verrichtung diß oder jenes Geschäffts, und er bey der Verrichtung ohne sein Verschulden Casu fortuito Schaden leidet, der Herr verbunden seye den Schaden zu ersetzen. Wir sehen des Art. Absehen klar, daß er nicht handle vom Servo Institore, oder Exercitore, noch vom Negotiorum gestore, sonder von einem bloß bezwaltigten Diener, der seines Herrn Befehl vollziehet; Dann obwohlen man hat zwifflen können, ob nicht der Casus fortuitus oder grösserer Gewalt vil mehr dem Diener schaden müsse, als dem Herrn, welcher zum Exempel auf dem Weg sein Pferd, Kleid, seine Waffen durch Soldaten, Rauber, oder aus einem anderen Casu fortuito verlohren hat. Krafft des Text. in L. inter causas 26. §. non omnia 6. ff. mand. wo ausdrucklich gesagt wird, daß der Herr dem Procuratori den Casu fortuito erlittnen Schaden nicht zu ersetzen habe. So hat doch unser Art. das Widerspihl verordnet, und gantz recht, weil sehr hart wäre, daß ein armer Diener in Geschäfft seines Herrn, welches er nicht hat von sich schieben können, soll Schaden leiden, nach dem Exempel dessen, was die DD. (wann erlaubt ist grosse Sachen mit kleinen zu vergleichen) schreiben von grossen Fürsten, welche ihre Abgesandte zu gefährlichen Zusamenkunfften abordnen, daß, wann sie unterwegs ausgeraubt werden, sie von ihren Herrn müssen Schad-los gehalten werden. Dann ein solchen Befehl vollzieht der Diener aus Noth, und verfallt in den Contract Mandati, welcher allein zum Nutzen des Herrn volzogen wird, daß also billig ist, daß er auch den Casum fortuitum und alle Gefahr ersetze, welches absonderlich Platz hat, wann der Herr hat vorsehen können, 2.
daß leicht ein solche Gefahr entstehen könne. DD. in cap. sicut 29. X. de Jure Jur. natta consl. 168. DD. in §. rursus, & ibi Schneidew. n. 60. Inst. de act. Moz de contract. tit. de mandato. rubr. de natural mand. n. 25. wo er n. 23. & 24. auch disen Casum hat, daß, wann ein Diener von solcher Beschaffenheit gewesen, daß ihm der Herr bey seinen Verschickungen ein Pferd gegeben, und der Diener im

Mangel dessen sein eignes Pferd genommen, oder ein anderes in Bestand genommen, und verlohren hat, daß auch der Herr das Pferd bezahlen müsse.

3. Unser Art. macht zwey Ausnahm, wann nemlich erstlich ein Diener aus seinem Verschulden in die Gefahr und Casum fortuitum verfallen, Krafft der Wort: Wann ein Schaden durch sein Verwahrlosung, und Schuld geschehen, zum Exempel, wann er ermahnt worden, er soll eylen, und die Reiß verschoben hat, oder den gefährlichen Weeg nicht umritten, oder ein andere Culpam begangen hat. Dann aus Verweilung oder Verschuldung muß der Diener den Schaden büssen.

4. Wann man fragt, ob culpa lata erfordert werde, welche dem Dolo gleich gehalten wird, oder ob auch Culpa levis genug seye? So scheint es seye zu sagen, daß nothwendig Culpa lata probirt werden müsse. Weilen besagter massen diser Contractus mandati allein zu des Herrn Nutzen geschlossen worden, daß also vom Gewalt haber mehr nicht als Culpa lata ersetzt werden muß. Wir aber halten vest darfür, daß unser Art. von der Culpa levi, in welche auch die Mora einschlagt, zu verstehen seye, aus Ursach, weilen allzeit die Verweilung und Verschuldung mit sich bringt, daß einer auch den Casum fortuitum büssen müsse, wie vom commodatario zu lesen ist in L. si in Asia 12. ff. depos. & L. 5. ff. si certum pet. das Commodatum und Depositum aber wird ebenmässig gemeiniglich und Regul-mässig allein auch zum Nutzen des Commodanten und Deponenten geschlossen, wie in disem Casu das Mandatum des Herrn. Auf den gemachten Einwand wird geantwortet, daß zwar in bemelten Contracten, welche allein zum Favor eines Theils geschlossen werden, mehr nicht dann der Dolus und lata culpa præstirt werde; Wann man aber setzt, daß der andere Mit-Contrahent, der aus Natur des Contracts den Casum fortuitum zu büssen nicht hat, per levem culpam Ursach gegeben hat, daß er in den Casum fortuitum verfallen, welches er hätte verhietten können, diß muß den Schaden büssen. Es ist also ein anderes zu sagen, zu was einer gehalten sey Krafft des Contracts, und zu was Krafft der begangnen Verschuldung, wodurch der Casus fortuitus erfolgt ist, der sonst unterbliben wäre; welches einige in so weit extendiren, daß einer ex culpa oder mora, welche dem Casui fortuito Platz gegeben, gehalten seye, wann schon die Sach auch bey dem anderen Contrahenten oder Gegentheil wäre zu Grund gegangen. Mynf. §. si res legata. Inst. de legat. Also daß eine Regul worden, daß jener den Casum fortuitum büssen müsse, aus dessen Verschulden solcher geschehen. L. si ut certo. 5. §. 4. commod. L. si servus 27. §. si fornicarius. 9. & §. si ex plaustro 33. ff. de leg. aquil. cap. 2. X. depositi.

Ob aber in disem Art. ein Unterschied zwischen unsern Land- und dem Gemeinen Recht anzusetzen seye, ist deßwegen zweyffelhafftig, weilen einige Rechts-Gelehrte wollen, daß der Text in L. inter causas 26. §. non omnia ff. mandati. nicht im Brauch seye, und daß die Billigkeit der Schärffe dises Gesatz vor zu ziehen seye. So behauptet doch Barthol. ad dict. §. non omnia. das Widerspihl, und sagt, daß die Schärffe des Text der einbilderlichen Billigkeit vorgehe, deme beystimmet Moz loc. cit. n. 24. mit gefallt des Nattæ gemachter Unterschied, ob der Mandatorium das zu verrichten gehabte Geschäfft freywillig auf sich genommen, oder auch aus einer Nothwendigkeit; In ersten Fall vermeynt er, daß die Verordnung dict. L. 26. §. non omnia ff. mandat. gerecht sey, und beobachtet werden müsse. In dem letzteren Fall aber sagt er das Widerspihl, daß dem Mandatario der ex Casu fortuito ihm zugestossne Schaden vom Herrn ersetzt werden müsse. Welches er exemplificirt in einem Fürsten, der einen Abgesandten verschickt. Wann nun ein Fürst seine Abgesandte Schad-loß halten muß, warum nicht der Herr seinen Diener, der vilmehr aus Nothwendigkeit das Geschäfft seines Herrn auf sich nemmen muß, als der Fürsten Ministri, die leicht ein Ursach finden können, sich zu entschuldigen, wann ihnen das Geschäfft nicht anständig ist? Und mit diser Lehr scheint daß unser Art. einstimme, daß also nicht nöthig ist, einen Unterschied zwischen dem gemeinen und unsern Land-Recht zu machen. Unterdessen, was diß Orts von Dienern und Ehehalten verordnet wird, ist auf andere Procuratores nicht zu verstehen; von welchen sonderheitlich dict. L. 26. redet, dann es seynd zu weilen einige so geschäfftig, und dienstbar, daß sie auf ein jedes gutes Wort des anderen diß oder jenes Geschäfft zu verrichten frey anerbietten, welche, wann sie bey Verrichtung des Geschäffts ohngefehr einen Schaden leiden, ihnen beymessen müssen, daß sie so frey gewesen. 5.

der

6. Der andere Ausnahm ist, wann ein Diener mit Gelegenheit des ihme vom Herrn anbefohlnen Geschäffts auch für sich handlet, und mit solcher Gelegenheit ex casu fortuito in eignen Sachen Schaden leidet, so ist der Herr solchen Schaden zu ersetzen nicht schuldig. Aus Ursach, weilen der Befehl des Herrn auf des Dieners als fremde Sachen sich nicht erstreckt, muß ihm also der Diener selbst beymessen, wann er im Geschäfft, so er in seinen Nahmen und zu eignen Nutzen unternommen hat, in einen Casum fortuitum einfallet, und seine Sachen verliehrt, weilen besag vorbemeldter Regul, der Casus und die Gefahr dem Herrn zu büssen, obliegen, dem die Sachen zugehören, und thut zur Sach nichts, es mögen des Befehl gebenden Herrn seine Sachen mit zu Grund gehen, oder des Dieners Sachen allein: Weilen der Diener den geschöpfften Nutzen aus seiner Handlung mit dem Herrn nicht getheilt haben wurde, also auch nicht begehren kan, daß der Herr am Schaden Theil nemmen soll.

Was ist aber Rechtens, wann ein Diener in solchem Casu fortuito, oder grössern Gewalt, da er unter die Rauber gerathet, und seine Sachen denen Raubern überlaßt, damit er seines Herrn etwann kostbarere Sachen erhaltete, kan er wohl solchen Falls die Schad-loß-haltung begehren? Lese, was wir geschrieben haben über den 19. Tit. 2. Art. der Land-Recht. Wo ein gleicher Casus vom Depositario zu finden ist, der hier füglich kan applicirt werden. 7.

Der achte Articul.

Wo ein Ehehalt, oder Diener zu sein selbes Sachen seines Herrn Guth brauchet, und daß der Herr zu Schaden käme, den soll ihm der Diener, oder Ehehalt, wieder zu kehren schuldig seyn.

Summarium.

1. Was ist Rechtens, wann ein Diener des Herrn Sachen ohne Vorwissen und Willen zum Exempel ein Pferd braucht, und solches vom Donner-Wetter erschlagen wird, ob er den Schaden ersetzen müsse?

1. Diser Articul hat einen eintzigen an sich selbsten klaren Casum in sich, daß nemlich ein Diener, der die Sachen des Herrn ohne dessen Vorwissen und Bewilligung zu seinen Nutzen braucht, woran dem Herrn Schaden zugefügt worden, den Schaden ersetzen müsse. Zum Exempel wann ein Diener zur Recreation an diß oder jenes Ort verreißt, oder andere Geschäfft allda verrichten will, ohne Begrüssung des Herrn dessen Pferd genommen, und ihme unterwegs das Pferd weggenommen worden; Gewiß er muß dem Herrn das Pferd bezahlen, welches wir in so weit erstrecken, daß, wann das Pferd vom Donner erschlagen worden, und also der Diener gar keine Schuld hat, er nichts destoweniger das Pferd bezahlen müsse, weil eben dise Culpa genug ist, weil er den Herrn um das Pferd nicht begrüßt hat. Dann wann ihme der Herr das Pferd aus guten Willen frey gelyhen hätte, so wäre doch der Diener Krafft des 1. Art. 17. Tit. der Land-Recht, schuldig einen Theil an solchen Schaden zu tragen, wie vilmehr dann ist er verbunden, wann er eigenmächtig des Herrn Pferd gebraucht hat. Eben eins ist, wann der Diener des Herrn Sach nicht für sich, sondern für seine Sachen ohne Bewilligung des Herrn gebraucht hat. Zum Exempel, wann bey Einfall feindlicher Armee, damit er seine Sachen salvire, des Herrn Pferd eingespannt hat, um seine Sachen in die Stadt zu flehnen, unterwegs aber unter die Soldaten gerathen, und den Wagen samt Pferden verlohren hat, so muß er den Schaden ersetzen. Wir wollen aus denen kurtz zuvor allegirten Legibus beysetzen, wann schon der Schaden dem Herrn selbsten begegnet hätte, wann die Pferd wären zu Hauß geblieben, obwohlen solche Strenge nicht leicht observirt wird.

Der neunte Articul.

Wo jemand einen beklagt, um gearneten Lohn, das Lidlohn ist, so soll der Richter, oder Fronbott nach der Klag, dem Verklagten gebietten, daß er den Kläger seines Lidlohns, wo er dessen beständig, in vierzehen Tagen entricht. Wurde aber der Beklagte über sein Bekennen, das nicht thun, und sich darüber mit Recht weiter beklagen lassen, oder der Klag wo er der laugnet, mit Recht überwunden, so soll derselb dem Richter in die Straff gefallen seyn, und darzu dem Kläger seinen Lohn ohne Verzug bezahlen, und ihm seinen erlittenen Schaden, nach rechtlicher Ermässigung abthun, daß ihm dann der Richter fürderlich verhelffen soll, es embräch dann der Beklagt mit Laugnen, so seyn sie beyd dem Richter nichts schuldig.

Und

Der zehende Articul.

Was der Mann verdient mit seinem Pflug, mit seinem Vieh, da der Mann selbst, oder sein gedingter Ehehalt bey ist, oder ein gedingter Ehehalt bey seiner Herrschafft verdient, das heißt alles gearneter Lidlohn.

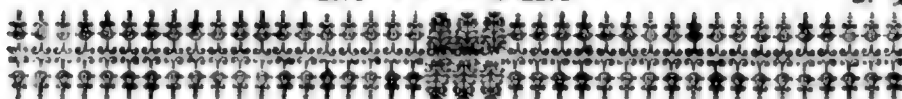
Summaria.

1. Was ein gearneter Lidlohn seye?
2. Wann zwischen dem Herrn und Diener wegen Bezahlung des Lohns Stritt ist, wie *summarisch* zu verfahren seye?
3. Was Rechtens, wann der Herr wegen ruckständigen Lidlohn überwiesen worden, wie er neben der Straff *condemnirt* werden müsse, dem Kläger allen Schaden zu ersetzen?

1. Wir haben schon oben bey dem 5. Art. 2. Tit. des Gant-Procesſ ausgelegt, was ein gearneter Lidlohn sey. Welches hier zu wiederhollen ist, obwohlen das Wort gearnet sehr dunckel ist, disem gearneten Lidlohn nun kommt Krafft des bemeldten 5. Art. die Vorrangs Freyheit vor allen Glaubiger zu, auch vor denen mit Hypothecen bedeckten Glaubigern, wie wir alldort weitläuffiger ausgelegt haben; In disem Art.
2. aber ist die Frag nicht von denen Privilegien, oder vom Gant-Procesſ, sondern es ist allein die Frag, wann zwischen dem Herrn und Diener oder Diern wegen Bezahlung des Lohns Stritt entstanden, wie solcher kürtzlich auszumachen seye? Und wird resolvirt, daß der Richter auf die Klag des Dieners oder Diern dem Herrn befehlen müsse, daß er den Kläger inner 14. Tägen Klag-loß stellen solle, welches die gemeine Arth summarisch zu verfahren, und meistens ein Anfang eines längeren Procesſ ist, welcher besagter massen auf vile Jahr erwachset, weilen jedoch in diser so privilegirten Lidlohns Materi der Procesſ summarisch seyn soll, weilen die Sünd abgelaugneten Lidlohns von jenen ist, die in Himmel schreyen.

Nun setzt der Articul bey, daß, wann der Beklagte sich als Schuldner erkennt, oder wegen des Lidlohns Ausstand überwiesen worden, er nicht allein sogleich exequirt, sondern auch vom Richter billiger Dingen nach bestrafft, und zu Ersetzung alles Schadens angehalten werden müsse; Welches zwey sonderheitlich Gewissenschafft vorgeschriebne, villeicht niergend beobachte Puncten seynd, weil wir niemahlen gesehen haben, daß die Richter auch in diser privilegirten Materi über ihre langsame Arth zu verfahren geschwinder verfahren seyen, oder auf eine Straff oder Schadens Ersetzung reflectirt haben. Welche mehrers über dise Materi zu lehen verlangen, die können dem Hartm. stam. und Hipp. Bonacossam zu Rath ziehen, die von freyen Knechten, wovon diser gantze Titul handlet, besondere Bücher geschrieben haben, wir aber eylen zu einer nutzlicheren Materi von Testamentern. 3.

Des



Des XXXIV. Tituls

Von Testamentern und anderen letzten Willen.

Erster Articul.

DJe Form eines zierlichen Testaments in Schrifften, welches gemeiniglich von denen gemacht würdet, die in ihrem Leben, ihren letzten Willen niemand wissen lassen wöllen, ist also, daß der, so sein Testament machen will, ein Schrifft darinn sein letzter Will beschrieben, und verzeichnet ist, verbunden, oder allein beschlossen und eingewicklet, von desselben Testirers, oder eines anderen Hand geschrieben, vor sieben Zeugen, die hierzu sonderlich zusammen beruffen, und erbetten, oder da sie ungefehr, und unberuffen zugegen, darzu ermahnet, und angesprochen werden (darunter doch die Persohn des Notarii nicht soll gezehlt werden) so sie alle beyeinander versammlet seyn, fürbringt, und leget die da, durch einen jeden der sieben Zeugen zu unterschreiben, und mit ihr gewöhnlichen Signeten zu besiglen. Doch also, daß er offentlich ansage, daß solches so er darlegt, sein Testament seye, und dasselb vor den Zeugen allen, mit eigner Hand unterschreibe, und wo er nicht schreiben kunte, oder damalen nicht möcht, durch eines anderen achten Zeugen Hand, und seinen Nahmen, und auf sein Begehren, an einem Ort unterschreiben lasse. Alsdann gleich zur selben Zeit, ohn Untermischung einiger anderen auswendigeren Handlung, oder Verzug der Zeit, dann allein was Leibs Noth halben beschehe, und klein wäre, durch die sieben Zeugen alle, mit ihren eigenen Händen unterschrieben, und durch Anhängung und Fürdruckung ihrer gewöhnlichen Sigel, oder Pettschafften, bezeichnet und verfertigt werde. Hätte aber ein Zeug nicht eigen Insigel, oder Pettschafft, oder kunte nicht schreiben, so mag wohl ein anderer Zeug, sein Insigel für ihne, und in seinem Nahmen gebrauchen, und also dasselbig zweymal anhängen, oder fürdrucken, auch sich für ihne unterschreiben, doch daß in dem Unterschreiben solches ausdrucklich gemeldet werde, wie nemlich sein Mit-Zeug kein eigen Insigel gehabt, oder nicht schreiben könnten, und deßhalben ihme solches für ihne zu thun erbetten hab. Doch soll der mehrer Theil der Zeugen, ihre Insigel haben, und schreiben können. Hätte aber kein grosses Insigel oder Signet, oder hätte dasselb nicht bey der Hand, so ist genug, wann er sein Ring- oder Wappen-Pettschafft gebraucht, doch daß auf solchem sein Wappen vollkommentlich, und nicht nur ein Schildel oder Zeichen seye. Wann auch die zweyen erste Zeugen ausdruckentlich in ihrer Unterschrifft gemeldet, daß der Testator, welcher massen im folgenden Libell sein letzter Will begrieffen seye, bekennt hab, so ist genug, daß die andere Zeugen in ihren Unterschrifften melden, sie bekennen wie die vor unterschriebne ihre Mit-Zeugen.

Sum-

Summaria.

1. Was ein *solemnes Testament* in Schrifften seye, und was für eine Form habe?
2. Ob sieben Zeugen nothwendig seyen?
3. Ob ein *Statutum* oder Gewohnheit gelte, so weniger Zeugen erfordert?
4. Ob die Fremde solcher Gewohnheit fähig seyn?
5. Welcher Gestalten die fähige Zeugen sonderheitlich zu Errichtung des *Testaments* müssen beruffen und erbetten seyn?
6. Ob unter die Zeugen der *Notarius* zu rechnen seye?
7. Ob das *Testament* gelte, wann der *Testator* gesagt hat, er seye mit wenigern Zeugen als mit sieben zu frieden?
8. Ob alle sieben Zeugen auf einmahl zugleich beysammen seyn müssen?
9. Ob die Zeugen an einem solchen Ort stehen müssen, daß der *Testator* und sie einander sehen können?
10. Ob sowol die Unterschrifft als Siglung der Zeugen nöthig seye, und zwar bey *Nullität* des *Testaments*?
11. Ob ein *Testament* in Schrifften bey Ermanglung der Unterschrifft und Siglung wenigist nicht könne als ein von Mund ausgesprochenes *Testament* gelten?
12. Ob nothwendig seye, daß der *Testator* denen Zeugen sein *Testament* vorlege, und sage, daß sey sein letzter Will?
13. Weil der *Testator* sein *Testament* mit eigner Hand unterschreiben muß, wann er etwann nicht schreiben kan, oder Kranckheit halber nicht vermag, ob er den achten Zeugen bestellen könne, der solches verrichte?
14. Ob nicht der *Actus testandi* in einer Verrichtung ohne Unterbruch fortgesetzt werden müsse?
15. Was Rechtens, wann ein anderes Geschäfft darzwischen kommen, der dem *Testatori* oder einem Zeugen Noth halber zugestossen?
16. Was Rechtens, wann solche Nothdurfft bey ein oder anderen Zeugen eine längere Verweilung erfordert?
17. und 22. Wann ein oder der ander Zeug nicht schreiben kan, oder kein eigen Sigel hat, ob diß durch den Mit-Zeugen ersetzt werden könne?
18. Ob alle Zeugen mit einem Pettschafft *signiren* können, oder, ob wenigist der grössere Theil ein eignes *Signet* haben, und selbst schreiben können müsse?
19. Ob genug seye ein jedwederes Zeichen beyzudrucken, oder ob ein wahres Sigil erfordert werde?
20. Ob nicht nach unsern Land-Recht die *Signet*, so keinen Helm haben, zu Siglung der *Testament* unerklecklich seyn?
21. Ob nicht die Zeugen bey der Unterschrifft offentlich sagen und bekennen müssen, wessen *Testament* sie *signirt* haben?
23. Ob alle Zeugen diß bekennen müssen, oder ob genug sey, daß solches die erste zwey thun, und die übrige sich auf selbe beziehen?
24. Ob erfordert werde, daß der *Testator* das *Testament* inner oder ausserhalb besigle?
25. Ob der *Testator* des Erben Nahmen im *testament* eigenhändig schreiben, oder in dem mündlichen ausgesprochnen *testament* benennen müsse?
26. Ob die *clausul* giltig seye, daß, was immer in den leeren Blätteren des *testaments*, oder beygelegten Zettuln von des *testatoris* Hand geschrieben gefunden wird, solches mit jenem, was in *testament* geschrieben stehet, gleiche Kräfften haben soll?
27. Wann einer für seinen Mit-Zeugen ein gantz fremdes Sigil beydruckt, ob er deßwegen bey der Unterschrifft eine Meldung thun müsse?
28. Ob einer aus denen Zeugen ein gantz fremdes Sigil brauchen könne?
29. Auf was für einer Materi, und in was Sprach das *testament* gemacht werden könne?
30. Ob die *Legaten* mit Zifer zu machen, oder auszuschreiben seyen?
31. Ob einer mit mehreren *testamentern* absterben könne?
32. Ob mehrere auf einem Papier *testiren* können, da mehr nicht als sieben Zeugen gebraucht worden?
33. Ob ein solches von mehrern gemachte *testament* nach Gefallen eines jeden zuruck genommen werden könne?
34. Ob man zu Nacht ein *testament* machen könne?
35. und 36. Was zu Eröffnung des *testaments* nöthig seye?

DIe Materi von Testamenteren ist gar weitläuffig, absonderlich, wann sie mit ihrem gantzen Anhang genommen wird, als mit allen Gattungen des letzten Willen, Legaten, Fidel-Commissen, Erbs-Einsetzungen, Noth-Gebühr, Falcidia, Trebellianica, Codicillen, Schanckungen von Tods wegen und anderen dergleichen, von deren allen ins besondere gantze Bücher zusammen geschriebner gefunden werden. Wir werden in den Schrancken unserer Land-Recht verbleiben, und selten auslauffen, wo nicht solches die Auslegung Particular-Rechten und Gewohnheit des Vatterlands erforderet.

1. Diser erste Articul handlet sonderheitlich von solemnen schrifftlichen Testament, zu welchem vor allem die Schrifft nöthig ist, von welcher sie den Nahmen hat, daß es ein Testament in Schrifften genennt wird: Zum Unterschied des vom Mund ausgesprochenen Testaments, welches mit lauter Stimm geschieht, wovon wir an seinem Ort reden werden.

Es ist aber 2. die Form eines solemnen Testaments in Schrifften dise: Daß jener, welcher seinen letzten Willen schrifftlich also zu hinterlassen gedenckt, daß er biß auf seinen letzten Lebens-Augenblick verschwiegen bleiben solle, solchen auf gewisses Papier oder Pergament entweders mit eigner Hand zusammen schreibe, oder besorge, daß solcher durch einen anderen geschrie-

geschrieben werde, solchen letzten Willen zusammen wickle, oder zusammen nähe, und mit seinem Sigil verpettschire.

Hernach ist nöthig, daß 3. er sieben Zeugen, denen nichts in Weeg kan geworffen werden, zusammen ruffe; Dann dergestalten ist die Anzahl der sieben Zeugen vonnöthen, daß, wann nur einer abgangen, von Rechtswegen das Testament nicht gilt. §. sed cùm paulatim. Instit. de testam. ordinand. L. 2. Cod. de bon. poss. secund. tab. L. si unus 12. Cod. de testam. L. 28. §. fin. Cod. eod. Es hindert auch nichts, daß sonsten dem Göttlichen Recht nach die Wahrheit im Mund zwey oder dreyer bestehe, weil dises Gesatz nicht positiva ist, daß es die grössere Anzahl ausschliesse, sondern nur kein kleinere Zahl zulasse. Covar. ad cap. cùm esses. 10. n. 7. X. de testam.

3. Und dahero ist in sehr vilen Ort die Zahl der Zeugen in Testamentern durch Gewohnheit oder Statutum eingeschränckt worden. Mynf. cent. 5. obs. 20. Perez. in Cod. de testam. n. 20. semicent. nost. 1. controv. 38. Wo wir gesagt haben, daß dergleichen Statutum oder Gewohnheit zu München seye, daß ein Testament vor zwey Zeugen errichtet giltig seye, wo wir auch der Länge nach untersucht haben,
4. ob auch Frembde solcher Gewohnheit fähig seyn, und sich derselben bedienen können. Wo aber ein solch besondere Gewohnheit in unsern Vatterland nicht gefunden wird, so muß die in disem Art. vorgeschriebne Regul gehalten werden, daß die zusammen Ruff- und Brauchung sieben Zeugen nöthig seye.

Wir haben 4. gesagt fähige Zeugen, denen nichts in Weeg kan gelegt werden: Wovon wir in nachfolgenden 2. Articul mehrers sehen werden.

5. Fünfftens wird erfordert, daß die Zeugen nicht zufälliger Weiß da seyen, sondern müssen zu dem Act des Testirens sonderheitlich beruffen worden seyn. L. hæredes. 21. §. 2. ff. de testam. auth. rogati. Cod. de test. farinac. de testam. quæst. 32. n. 162. & seq. Oder, wann sie ohngefähr darzu gekommen, sie sonderheitlich zu dem Act ein Testament zu machen erbetten worden seynd; Dann obwohlen nach engen Betracht des gemeinen Rechts die Zeugen, so gähling darzu gekommen, und dem Testaments-Act beywohnen, nichts zu Nutzen anscheinen, doch ersetzt die unterlassene zusammen Ruffung die darauf erfolgende Erbittung, Krafft Recess. Imp. de Anno 1512. Rubr. von Testamentern §. 2. Oder aufs wenigist, wo sie ungeschickter Dingen unberuffen, zugegen wären, darzu ermahnt und besprochen werden. Welche Wort mit unsern Articul gantz überein kommen, oder da sie ohngefähr, und unberuffen zugegen darzu ermahnet, und angesprochen werden. Dessen ist die Ursach, weilen die zusammen Ruffung, und Erbittung der Zeugen aus keiner anderen Ursach erfordert wird, als damit erhelle, daß die Sach mit bedachtsamen Gemüth, und nicht aus Schertz oder zum Gefallen geschehe; Welches Gemüth durch das Erbitten sattsam erklärt wird, wann schon die zusammen Ruffung unterlassen worden. L. divus 24. ff. de testam. milit. §. planè Inst. eod. farinac. quæst. 62. n. 136. Mantic. de conject. ult. vol. tit. 11. n. 14. Es ist doch nicht nöthig viles zu bitten, sondern genug, wann ihnen gesagt wird, ich bitte, seyds Zeugen, daß ich mein Testament machen will; Es mag Grass. lib. 2. com. opin. cap. 4. quæst. 16. darwider sagen, was er will; Es ist auch nicht nöthig, daß der Testirer selber bitte, sondern es kan die Erbittung mit dessen Willen und Befehl in Nahmen des Testirers von einem anderen geschehen, und, wann in Gegenwart des Testirers der dritte die Erbittung thut, so wird er erachtet, daß er solche approbire. L. qui patitur. 18. ff. Mand. L. 6. §. 2. ff. eod. Mant. loc. cit. n. farinac. loc. cit. n. 156. Clarus §. testamentum. quæst. 58. n. 5.

Unter die Zeugen doch 6. wird der Notarius mitgerechnet; Diß ist dem alten Recht nach strittig gewesen Krafft des Text domitius 37. ff. qui testam. fac. poss. Wo gelesen wird, Domitius stellt an Cellsum die Frag, ob jener unter die Zahl der Zeugen zu zehlen seye, welcher, da er erbetten worden das Testament zu schreiben, solches Testament, so er geschrieben hat, mit besiglet hat? Celsus antwortet, entweder verstehe ich nicht, um was die Frag ist, oder die Frag ist recht närrisch. Dann es ist mehr als lächerlich zweifflen, ob einer mit Recht als Zeug gebraucht worden, der eben selbst das Testament geschrieben hat. Diser Text ist denen Rechts-Gelehrten sehr bekannt, also daß gemeiniglich jene Frag quæstio domitiana genennt wird, so keinen Zweiffel hat. Vivius lib. 1. com. opin. verb. testis. §. tabellio vermeynet, daß diser Text vom Notario rede, und also schließt er, daß ein Notarius im Testament Zeug seyn könne, welches zu verstehen ist, wann er über solches Testament sein Notariat-Amt verricht; Dann, wann er als privat für einen Zeugen gebraucht wird im Testament, wo er sein Amt nicht versieht, so muß einer noch närrischer seyn, als Domitius, der zweiffelt,

fest, ob ein solcher Zeug seyn könne. Dann weil er ein Persohn ist, welche offnen Glauben machen kan, warum soll er nicht auch einen Zeugen abgeben können? Dem Vivio aber widerspricht Grassus loc. cit. cap. 4. quæst. 34. Wesenbec. in parat. de testam. n. 10. & §. sed neque 1. Inst. eod. Aus Ursach, weil der Notarius das Testament authentisch machen muß, niemand aber kan sein eignen Act authentisch machen. Disen Stritt hat Kayser Maximilianus in const. de Notar. Coloniæ Anno 1512. aufgehebt, wo er unter der Rubric von Testamentern ausdrucklich verordnet hat, daß unter den 7. Zeugen auch der Notarius mitgezehlt werde. Welches unser Articul in dem Parenthesi wieder auslöscht, und die Persohn des Notarii, (verstehe, wann selber in dem Testaments-Act als Notarius gebraucht wird) ungiltig macht. Welches ein neuer gantz vernünfftiger Unterschied ist unter dem gemeinen und unsern Land-Recht: Aus der oben angeführten Ursach; weil der Notarius an jenem Act nicht Theil haben soll, den er authentisch macht.

7. Und dise Anzahl der sieben Zeugen 7. ist nothwendig, wann schon der Testirer das Testament eigenhändig geschrieben hat, oder offentlich gesagt hat, er sey mit wenigern Zeugen zu frieden. Perez. n. 8. Cod. de testam. Aus Ursach, weil dise Solemnitäten zum Besten des gemeinen Weesen eingeführt worden, welche ein privat auf keine Weiß aufheben kan.

8. Der Articul erfordert 8. daß alle sieben Zeugen zugleich auf einmahl beysammen seyn sollen, Krafft der Wort: So sie alle beyeinander versammlet seyn. Aus Ursach, weil der Act Testament zu machen, wie folgen wird, ohnunterbrochen seyn muß; Müssen also alle Zeugen zugleich beysammen seyn, dann wann einer nach dem anderen kommete, so kunte nicht gesagt werden, daß der Act zu testiren ohnunterbrochen auf einmahl erklärt worden. L. 21. vers. sed licèt & §. fin. ff. qui testam. fac. poss. Perez. de testam. n. 7. Wo er sagt, daß der Testirer zu einer Zeit das Testament denen Zeugen zu besiglen vorlegen, und dise alle zu eben diser Zeit und Ort unterschreiben und besiglen, folglich in Angesicht des Testirers ihr Zeugen-Amt verrichten müssen, sonst ist das Testament nicht giltig L. 9. Cod. de testam.

9. Also daß 9. alle Zeugen an einem solchem Ort stehen oder seyn müssen, daß der Testirer die Zeugen, und die Zeugen den Testirer sehen können. Clarus §. testamentum. quæst. 49. Schneidew. rubr. de testam. solen. n. 7. Ist auch nicht genug, wann die Zeugen den Testirer hinter einer Spannischen Wand reden hören, weilen einer im Gehör leichter als im Gesicht betrogen werden kan. Harp. ad clarum dict. §. testamentum quæst. 159. Wo ein Exempel von einem beygebracht wird, welcher nach eingewickleten Kopff des Testirers Stimm natürlich nachmachen können. Alle dise so genaue Beobachtungen werden von darummen erfordert, damit in dem Act der Testaments-Errichtung, so von gröster Wichtigkeit ist (weil einer überall sein Vermögen disponirt) nichts falsches unterlauffe, sondern die pure Wahrheit eröffnet werde, wie der Kayser redet in L. fin. Cod. de fidei-commiss.

Nachdeme die zusammen beruffene Gezeugen würcklich beysammen seynd, so muß 10. der Testirer, sein entweders eigenhändig, oder von einem anderen geschriebnes Testament, so verschlossen ist, denen Zeugen zum unterschreiben und besiglen vorlegen, dann es ist sowohl die Unterschreib- als auch Besiglung der Zeugen nothwendig. Wegen der Unterschrifft ist ein Text in §. 3. Inst. de testam. ord. L. 22. §. 4. ff. de testam. L. jubemus 29. §. sed ne Cod. de testam. Wegen der Besiglung aber in §. sed cùm paulatim Inst. de testam. ord. L. si unus 12. in princ. L. hac consultissima. §. in omnibus. Cod. de testam. L. bonorum 9. ff. si tab. testam. &c. L. 2. in princ. Cod. de bon. poss. secund. tab. Und dise Unterschrifft und Besiglung werden miteinander zugleich erfordert, also daß, wann einer aus denen Zeugen seinen Nahmen nicht unterschrieben, sondern allein besiglet hat, darfür gehalten wird, als wann er für einen Zeugen nicht wäre gebraucht worden. L. ad testium. 22. §. 4. ff. de testam. thom. Gramat. decis. 62. n. 8. Wo er sagt, daß, wann eines Zeugens Unterschrifft nicht verhanden ist, das Testament von Rechtswegen null und nichtig seye. Krafft des Text in L. 21. Cod. de testam. Wo in fin. prin. gesagt wird, daß ein von Zeugen nicht unterschriebnes Testament nicht gelte. Eben dises ist zu sagen, von der Siglung; Dann wann eines Zeugens Siglung abgehet, so ist das Testament ungiltig. 10.

Ob aber ein solch schrifftliches verfaßtes Testament, so einen Mangel an der Siglung hat, als ein von Mund ausgesprochnes Testament gelten könne? das kan der geneigte Leser finden bey Gail. 2. obs. 112. n. 16. Harp. §. fin. n. 7. Inst. de testam. ordin. Claro §. testamentum quæst. 4. n. 2. Gramat. decis. 62. 11.

n. 15. & 26. Menoch. lib. 4. præsumpt. 2. n. 16. Manz. de testam. tit. 4. n. 125. & seq. Perez de testam. n. 16. Wir abstrahiren von diser Frag, weil hiervon in dem Articul nichts enthalten ist. Diß aber ist ohne allen Zweiffel, daß, wann einer derenjenigen Sentenz folgen will, daß wegen Mangel der Siglung das Testament als von Mund ausgesprochen giltig seye, præsupponirt werden müsse, daß alle erforderliche Stuck dabey beobachtet worden, welche zu einem vom Mund ausgesprochnen Testament nothwendig seynd, wovon wir in nachfolgenden reden werden. Nichts destoweniger doch, wann auch alle zu einem von Mund ausgesprochnen Testament erforderliche Stuck genau beobachtet worden, gibts einige, welche wollen, solches Testament sey nicht giltig, wann handgreifflich erhellet, und bekannt ist, daß des Testirers Absehen gewesen, ein solennes schrifftliches Testament aufzurichten. Soarez com. opin. verb. testamentum n. 14. cum seq. Gar schön Perez loc. cit. n. 16. wo er sagt, es seye aus bemeldter Resolution zu schliessen, daß, wann der Testirer ein schrifftliches Testament hat machen wollen, und darinn einige erforderliche Solennitäten unterlassen hat (zum Exempel die Unterschrifft, oder Siglung, also daß die übrige Solennitäten nichts destoweniger zum vom Mund ausgesprochnen Testament erklecklich seynd) dises Testament nichtmahl als von Mund ausgesprochen gelten könne. Aus Ursach, weilen was er schrifftlich machen wollen, nicht gekennt hat, (das ist hats nicht recht gemacht) und was er hat thun können nemlich ein mündliches Testament machen, das hat er nicht gewolt, und deßwegen sieht der gantze Act nichts nutz, weil eine Gattung wider Willen des Testirer in die andere nicht kan verkehrt werden. Lese den Vasquez de success. creat. §. 11 n. 12. Gross. §. testamentum. quæst. 10. per tot.

12. Doch liegt 11. dem Testirer ob, daß er sein Testament denen Zeugen zum unterschreiben und besiglen vorlege, und sage, daß in disem zusammen gewickleten Libell sein letzter Willen begriffen seye zum Exempel diß ist mein letzter Will, ich bitte solchen zu unterschreiben, und mit euren Sigillen zu besiglen. Manz. loc. cit. tit. 4. n. 116. Aus Ursach, weilen denen Zeugen bekannt seyn muß, was sie thun, und zu was Zihl und End sie zusammen beruffen worden seynd, weil sie solches auch, wie gleich folgen wird, bey ihrer Unterschrifft bekennen und ausdrucken müssen.

13. Ja es muß 12. der Testirer selbst auch dise seine Bekanntnuß, daß die zum unterschreiben und besiglen denen Zeugen vorgelegte Schrifft sein Testament und letzter Will sey, vor denen Zeugen eigenhändig unterschreiben, oder, wann er nicht schreiben kan, oder zu schreiben Kranckheit halber verhindert wäre, den 8. Zeugen bestellen, der dises Geschäfft statt seiner verrichtet, und aus dessen Befehl und Nahmen sich eigenhändig unterschreibt. Also lauten die Wort unsers Art. daß also ein Zweiffel ist, ob unserer Verordnung genug geschehe, wañ der Testirer seinen letzten Willen völlig geschrieben hat, oder wann solcher von einem anderen geschrieben, selben innenher eigenhändig unterschrieben, und besiglet hat. Weilen scheint, es wolle unser Art. haben, daß die Erklärung vom Testirer offentlich vor den Zeugen nicht allein mündlich sondern auch in der That schrifftlich geschehen soll. Weilen aber der Text in L. cùm antiquitas 28. §. cùm autem. allein diß verordnet, daß der Testirer, der das gantze Testament eigenhändig geschrieben hat, zu weiterer Unterschrifft seines Nahmens nicht gehalten seye, weilen ja die gantze zusammen Schreibung des Testaments von grösserer Wichtigkeit ist, als die blosse Nahmens Unterschrifft, so vermeynen wir, es seye genug, wann der Testirer sein Testament schon zuvor, ehe er solches geschlossen hat, inner entweders gantz geschrieben, oder wenigist mit seinen Nahmen unterschrieben, und vor denen versammleten Zeugen bekennt hat, daß der vorgelegte Libell seinen letzten Willen, welchen er innhero entweders völlig eigenhändig geschrieben, oder mit seinem Nahmen unterschrieben gehabt, in sich begreiffe; Welches daß also observirt werde wir selbsten gesehen haben. Dann warum soll der Testirer, wann er inner seinen letzten Willen schon erfüllet hat, angehalten werden können, solches aussenher wieder zu thun? Ein anderes ist zu sagen, wann das Testament weder durch des Testirers Hand geschrieben, noch innher unterschrieben worden, weil er villeicht nicht hat schreiben können, alsdann ist gewiß nothwendig, daß der 8. Zeug gebraucht werde, welcher aussenhero solch des Testirers Mangel vor den übrigen Gezeugen ersetzt. Und es scheint, daß diß conform seye der Constitution Kaysers Maximiliani de Anno 1512. §. an einem Ort unterschreiben lasse. Wo auch Art. 1. Tit. 34. darfür gehalten wird, nichts daran gelegen zu seyn, ob die Unterschrifft des Testirers, oder an dessen statt des 8. Zeugens inner oder ausser dem Testament geschehen sey.

Oben schon haben wir 13. gesagt, daß 14.
alle Zeugen zugleich zusammen beruffen seyn und da stehen müssen, und nicht genug seye, wann einer nach dem ande-

ren zum unterschreiben und siglen gebraucht wird, welches der Articul hier approbirt, da er verordnet, daß der gantze Act gleich in einer Zeit ohne Verschub, und ohne Einmischung anderer fremden Geschäfften, ohne Unterbruch auf einmahl geschehen soll. Krafft des Text in L. qui testamento 20. §. & veteres 8. ff. de testam. Wo gesagt wird, daß die Zeugen, die zu solennen Testamentern gebraucht werden, so lang dauren müssen, biß der gantze Act aus ist. Aus Ursach, weil sie dem gantzen Act beywohnen müssen, es scheint aber nichts geschehen zu seyn, wann nicht alles verricht worden: Also auch, daß in Gegenwart aller Zeugen der Actus testationis auf einmahl ohne Unterbruch, oder Einmischung eines anderen Geschäffts geschehen müsse, seynd ausdruckliche Text in L. 20. ff. qui testam. fac. poss. §. sed, cùm paulatim Inst. eod. L. hac consultissima 31. vers. In omnibus. Cod. eod Es stimmt auch ein der Reichs-Abschid de Anno 1512. Rubr. von Testamentern §. wie vor. Alsdann desselben Tags, und Zeit, ohne daß einige andere auswendige Handlung darzwischen falle, durch die sieben Zeugen alle mit ihren eignen Händen unterschrieben, und gewöhnlichen Siglen bezeichnet werde. Welches schier eben die Wort unsers Art. seynd, der sagt: Alsdann gleich zur selben Zeit ohne Untermischung einiger anderer auswendiger Handlung durch die sieben Zeugen alle mit ihren eignen Händen, und durch Anhängung und Fürdruckung ihrer gewöhnlichen Sigel oder Pettschafften bezeichnet, und verfertiget werde.

15. Es nimmt 14. der Text in L. cùm antiquitas. 28. Cod. eodem. aus, jene auswendige Handlung, welche aus Noth entweders dem Testirer oder einem der Zeugen zugestossen, Krafft der Wort des Text. Wann sich aber etwas nothwendiges zugetragen, und dem Leib des Krancken zugestossen, das ist, nothwendiges Essen oder Trincken bietten, oder Reichung der Medicin, bey Unterlassung dessen des Testirers Gesundheit Gefahr leidete, oder wann einer aus Noth einen Abtritt nemmen müßte, so ist deßwegen das Testament nicht umzustossen; Obwohlen auch die fallende Kranckheit (welches geschehen zu seyn wir erfahren haben) einem Zeugen zugestossen, wann aber solcher Nothfall vorbey ist, so muß das weiter wegen Machung des Testaments erfüllet werden. Kürtzer thut disen Ausnahm der Reichs-Abschied loc. cit. in sich enthalten mit disen Worten: Dann allein Leibs Noth halber geschehe, und klein wäre. Oder wie die Wort unsers Articuls lauten: Dann allein was Leibs Noth halber geschehe, und klein wäre. Dann ein kleines Intervallum verderbt den Act nicht. L. plerique 33. ff. de ritu nupt. Manz. loc. cit. tit. 4. n. 156. Wo er mit Gotofredo ad dict. L. 28. zu mercken befihlt, daß ein nothwendiger Act, der untermischt wird, kurtz seyn müsse, welches ja der Richterlichen Ermässigung zu überlassen ist.

Was ist aber Rechtens, wann 15. 16. die überfallende Nothwendigkeit bey ein oder anderen Zeugen eine längere Verweilung erfordert? Der Kayser antwortet in L. 28. daß andere an deren statt zu erbetten seyen, absonderlich wann solches der Zustand des in Gefahr stehenden Testirers erfordert, es ist auch wegen Zuziehung neuer Zeugen der Testations-Act nothwendig nicht neuerlich zu wiederhollen, sondern es können die neue Zeugen sich informiren, in was für einem Stand sie den Testations-Act finden, und wann er biß dahin rechtmässig gemacht worden, können sie solchen im Stand, wie sie selben finden, aufnemmen, auch mit ihren Unterschrifften und Besiglungen erfüllen und bestättigen. dict. L. 28. vers. si tamen.

Was ist Rechtens, wann 16. ein oder 17. der Zeug nicht schreiben kan, oder kein eigen Sigl hat, womit das Testament kan besiglet werden? Und der Articul antwortet, daß ein anderer Mit-Zeug sein Sigel für jenen, der kein eignes hat, in Nahmen dessen brauchen, und also solches anhängen, oder beydrucken, ja auch für seinen Mit-Zeugen, der nicht schreiben kan, sich unterschreiben mag, doch also, daß er bey der Unterschrifft ausdrucklich melden soll, daß der Mit-Zeug kein eigen Sigl gehabt hab, oder nicht hab schreiben können, und also ihn diß zu thun erbetten habe: Diß kommt mit dem gemeinen Recht über eins, dann was die Siglung betrifft, wird in §. 5. Inst. de testam. ord. verordnet, es lege nichts daran, ob die Zeugen mit ihren eignen oder fremden Ring das Testament besiglet haben. Es kommt auch über eins der Reichs-Abschied de Anno 1512. §. es mögen. Wo sonderheitlich gesagt wird, es mögen auch einer oder mehr sich hierinn der anderen Signeten bedienen. Die Haupt-Ursach ist, weil der Glauben und Trauen nicht abhanget von der Materi des Signets, sondern von der Persohn des Zeugens, und weilen die Sigel der Zeugen denen Testamentern deßentwegẽ angehängt werden, damit die Zeugen zur Zeit der Eröffnung solche recognosciren können,

die

die Recognition eines fremden Sigls kan eben auch geschehen, wie des eignen, deßwegen haben die Recht um die Testamenten zu erhalten die Unterdruckung jedwederen Sigls approbirt. Noch mehrere Ursachen seynd zu finden, bey Manz. de testam. d tit. 4. n. 139. Welches dem gemeinen Recht nach in so weit extendirt wird, daß auch alle Zeugen mit einem Ring siglen können.

18. Aber 17. diß wird in disem Art. nicht approbirt, welcher ausdrucklich sagt, daß der mehrere Theil der Zeugen ihrige Insigl haben, und schreiben können soll. Weßwegen dann abermahlen ein Unterschied ist zwischen dem gemeinen und unsern Land Recht ist, und zwar ein gar guter Unterschied, weil ein solche Besiglung, welche von allen Zeugen mit einem eintzigen Sigl geschehete, nichts als eine Verwirrung und Confusion nach sich ziehen kan. Es sagt zwar Jul. Pac. ad dict. §. 5. Inst. de testam. ord. es könne leichtlich geschehen, daß alle Zeugen die zum Testament gebraucht werden, von einer Famili seyen, und also ein gleiches Sigel führen; Aber unterschiedliche Persohnen von einer Famili nicht allein von zerschiedener sonder von einer Lini haben meistens zerschiedene Zeichen, zerschiedene Form, und absonderlich besondere Vornahmen, oder Titl, daß ihre Sigl leicht auseinander erkennet werden können. Es scheint aber daß unsere Bayrische Statuten dahin gesehen haben, daß der mehrere Theil eigne Sigil haben soll, damit ein jeder Zeug desto leichter sein Sigil recognosciren kan: Und dahero lassen wir dem Jul. Pac. gern zu, daß, wann aus einer Famili zu Machung eines Testaments siben Persohnen gebraucht werden, welche alle gleiche Sigil haben, welche aber mit anderen Zeichen, Form, Vornähmen und dergleichen unterschieden, und leichtlich zu erkennen seynd, ein solches Testament giltig seye. Dann diser Casus gehört nicht zu unserer vorgesetzten Regul, Krafft welcher wir gesagt haben, daß dem gemeinen Recht nach alle Zeugen mit einem Ring siglen können, weilen in unsern Casu alle Zeugen mit unterschiedlichen Ringen siglen, die nicht fremd, sonder eigen, unter einander doch an der Form-Figur, Zeichen, Grösse oder Breitte unterschieden seynd. Noch ein grössere Æquitæt hat unser Statutum bey der Unterschreibung, weil vorbemelte Verordnung von Siglung des grössern Theils mit eignen Siglen, sich auch sonderheitlich auf den grössern Theil der Unterschreibenden erstreckt, dann in L. & ab antiquis fin. Cod. de testam. ist schon vor uralten Zeiten verordnet gewesen, daß in allen Stadten und Orten des Römischen Reichs, wo gelehrte Leuth gibt, jenes beobachtet werden müsse, was zu Aufrichtung der Testamentern vorgeschrieben ist, an jenen Orten aber, wo selten gelehrte Leuth gefunden werden, wird auch denen gelehrten Zeugen zugelassen, daß sie für die andere doch anwesende aber nicht schreiben könnende Zeugen sich unterschreiben können, weilen nun aber in unsern Vatterland die Leuth nicht mehr so unerfahren seynd, so thut unser Articul gantz recht dise Erlaubnuß zu unterschreiben auf den wenigern Theil der Zeugen einschrancken.

Und in diser Siglungs-Materi seynd 19.
18. die Rechts-Gelehrte so frey, Daß sie die Siglung, sie mag mit jedwederen Sigl oder Zeichen geschehen seyn, für sattsam ansehen, wann solches Sigl nur ein vom Zeugen erkanntliche Zeichen hat. Wie zum Exempel die Priester in ihre Ring oder Sigl einen Kelch einstechen lassen, die Böcken ein Bretzen, die Preyen Schapfen; rc. Krafft der oben schon gegebnen Ursach: Daß nemlich die Siglung aus des Siglers Glauben, und nicht aus der Materi des Sigls Krafft nemmen. Vid. Manz. loc. cit. n. 148. Welches fürwahr mit unsern Art. nicht einstimmt, weil diser des Zeugen Sigl oder Signet erfordert, unter welch beyden diser Unterschied ist, daß ein Sigl auf ein grössere Blatten, das Signet aber auf einen Stein im Ring gestochen wird, deren das erstere genennt wird ein Sigil, das andere ein Pettschafft. Es wird also Krafft des Art. erfordert, daß der grössere Theil der Zeugen das Testament besigle nicht mit jedwederen Zeichen, sonder mit seinen eignen Sigl, oder mit dem Pettschafft, wann man kein Sigil hat, oder bey der Versiglung nicht Verhanden ist. Also daß jedoch das Pettschafft des Siglenden Wappen völlig in sich enthalten muß, welches zu verstehen zu wissen ist, daß jedes Wappen meistens zwey Stuck in sich begreiffe den Schild, und Helm. Die Adeliche Persohnen haben meistens einen offnen Helm, worauff beyderseits entweders Fligel oder Hörner stehen, welches Zeichen des Adels seynd, so durch Dapferkeit oder Gelehrtheit erworben worden. Wie in Puncto der Præcedenz unter dem Hauß Bayrn als Bayrn, und Bayrn als Pfaltz-Graffen disputirt, und unter anderen zum Vorrang der Pfaltz-Graffschafft zum besonderen Behuff beygebracht worden, daß die Pfaltz-Graffen gefliglete Helm, die Bayrn aber allein mit Hörner versehnen Helm haben, als wann die gefliglete Wappen adelicher und fürnehmer wären, als jene, so Hörner haben, und also einen Vorzug anzeigen. Welches

Kleinigkeiten seynd, die vilmehr zu verlachen als widerlegen seynd. Gleichwie auch insgemein nicht wahr ist, daß das Hauß Bayrn nur mit Hörner versehne Helm gebraucht habe, weil in einigen uralten Kirchen wir auch Bayrische Wappen mit Flüglen gefunden haben. Wovon anderstwo zu reden sich die Gelegenhei geben wird. Obwohlen nun in denen grössern Sigillen meistens das gantze Wappen mit Schild und Helm gestochen wird, so wird doch in denen Pettschafften gar offt nur unter einer Kron der Schild gestochen, und der Helm ausgelassen. Von disen mit keinem Helm versehenen Pettschafften nun verordnet unser Art. daß sie zu Besiglung der Testamenten nicht genug seyen. Wann also solche Pettschafften, welche nicht mit fremden Zeichen, sonder eignen angebohrnen Wappen gestochen seynd, zu Besiglung des Testaments nach unsern Land-Recht nicht genug seynd, so werden doch vil weniger genug seyn andere Sigl, worinn weiß nicht was für Sachen gestochen seynd.
diff. Welches widerum ein merckwürdiger Unterschied unter dem Gemeinen, und unsern Land-Recht ist; Mir ist von meinen älteren Herrn mit Hoff-Räthen erzehlt worden, daß An. 1650. beyleiffig zur Zeit des Maximiliani Churfürsten sich der Casus zugetragen habe, daß ein Testament eines Edelmanns, so sonsten in allen perfect eingericht gewesen, wegen des eintzigen Fehlers hätte umgestossen werden müssen, weil unter denen siben Sigillen eines erfunden worden, so nur unter der Kron ohne Helm den Schild hatte, es habe aber Maximilianus ex plenitudine potestatis mit disen kleinen Fehler dispensirt, und das Testament bestärcket.

21. Endlich ist oben 19. gesagt worden, daß der Testirer, welcher sein Testament zusammen gewickler oder verschlossen denen Zeugen zum Unterschreiben und Besiglen vorlegt, sonderheitlich ausdrucken müsse, daß in disem Libell oder Papier sein Testament oder letzter Will begriffen seye. Krafft des Text in L. hac consultissima 21. Cod. de Testam. und nach der Constitution Maximiliani de An. 1512. Rubr. von Testamenten §. die form. damit aus der freywilligen Bekanntnuß des Testirers sein letzter Willen bekannt seye, und die Zeugen wegen des Geschäfftes, so verricht wird, keinen Zweiffel haben können: Duar. de testam. in script. in princ. Schneidew. de testam. ord. rubr. de testam. solen. n. 6. Also auch müssen die Zeugen ihren Nahmen nicht obenhin unterschreiben, sondern deren jedern in der Unterschrifft mit eigner Hand Schrifft Aussagen, und bekennen, wessen Testament sie besiglet haben. Dise Verordnung kommt überein mit dem L. singulos 30. ff. de testament. die Wort des Text seynd: alle Zeugen, welche zum Testament gebraucht werden, müssen sich eigenhändig unterschreiben, wer, und wessen Testament besiglet habe.

Man wird einwenden, aus disem folge 22.
daß keiner aus denen Zeugen für seinen Mit-Zeugen, der nicht schreiben kan, zur Unterschreibung gebracht werden könne, welches wir doch kurtz zuvor mit unsern Art. zugelassen haben, gewiß Gottofredus ad dict. L. 30. ff. de testam. bekennt freywillig mit Baldo, daß die Unterschrifft eines Testaments einem anderen nicht könne anvertraut werden, und zwar nicht einmahl einem Notario, der zu Errichtung eines Testaments gebraucht wird. Hierauf antworten wir obbesagter massen, daß der Notarius hierzu gar unfähig seye. Dann wann er in eigner Persohn, aus allda angeführten Ursachen, kein Zeug seyn kan, so kan er um so weniger in fremden Nahmen das Amt eines Zeugens vertretten, wie dann auch unser Art. nicht vom Notario, sonder vom Mit-Zeugen, oder für den anderen unterschreibt, redet. Wann man aber dem Gottofredo und Baldo Beyfall geben will, daß auch dem gemeinen Recht nach die Unterschrifft eines Zeugens durch den anderen Mit-Zeugen nicht ersetzt werden könne, sonder nöthig seye, daß ein jeder Zeug sich eigenhändig unterschreibe, so ist vonnöthen, daß wir hier abermahlen einen Unterschid zwischen den gemeinen und unsern Land-Recht anmercken, welches ausdrucklich zu laßt, daß ein Mit-Zeug den anderen, der nicht schreiben kan, unterschreiben könne. Wir müssen also sagen, daß unser Art. also zu verstehen seye, daß die Anmerckung, von wem, und wessen Testament besiglet worden, auf eben solche Arth erlaubt seye, wie Unterschrifft, welche gleichwie auf seine Arth geschehen kan auf Ansuchung und Zulassung des Mit-Zeugens, also auch die Anmerckung auf Ansuchung mit fremder Hand erlaubt zu seyn erachtet werden muß.

Letzlich doch setzt der Art. bey, daß, 23.
wann die erste zwey Zeugen in ihrer unterschrifft ausdrucklich gesagt haben, daß der Testirer offentlich bekennt, daß in dem vorgelegten Libell sein letzter Will begriffen seye, genug seye, daß die übrige Zeugen in ihren Unterschrifften allein Meldung thun, daß sie eben dises bekennen, und bezeugen, wie die vorige. Weilen aber Paulus in dict. L. 30. ausdrucklich aller Zeugen insonderheit die Aussag über des Testirers Bekanntnuß erfordert, und besagter Text nirgend als in unsern Art. verändert gefunden wird, so machen wir gantz recht den Schluß, daß hier abermahlen ein neuer diff.

Un-

Unterschied zwischen dem gemeinen und unsern Land-Recht obwalte, sagende, daß der Text in L. 30. als gar zu rigoros und zu scharff völlig aufgehebt worden seye, und zwar gantz vernünfftig, weil allzeit in der Schrifft enthalten ist, so sich auf eine andere bezieht, was in der Schrifft begriffen ist, worauf man sich bezieht. Manz. loc. cit. dict. tit. 4. n. 121.

Bißhero haben wir von dem Innhalt und Begriff dises Art. geredet. Und haben zwar versprochen daß wir weiters nicht auslauffen werden, weilen aber der Materi von schrifftlichen Testamenten ein und anderes abgehet, so haben wir uns schuldig befunden, nach unserm Brauch etliche Fragen beyzusetzen, die wir kürtzlichen absolviren werden.

24. Die erste Frag ist, was nach unsern Land-Rechten Rechtens seye, wegen des Testirers Besiglung; ob solche im Testament innher, oder aussen geschehen müsse? Dise Frag wird man negativè ausgemachter finden in semicent. 1. controv. 36. weilen von diser Nothwendigkeit weder dem gemeinen noch unsern Land-Recht nach nichts gefunden wird. Es seynd also die Sachen, wie die Philosophi reden, ohne Noth nicht zu vermehren, und die Solemnitäten mit Solemnitäten nicht zu überhäuffen.

25. Die andere Frag ist diser gleich, ob der Testirer den Nahmen seines Erben eigenhändig in dem schrifftlichen solemnen Testament schreiben, oder in dem vom Mund ausgesprochnen Testament mit eignen Mund benennen müsse? Und wir antworten, diß seye vor altem nöthig gewesen. Wegen des schrifftlichen Testaments ist ein Text in L. jubemus 39. in princ. und wegen des vom Mund ausgesprochnen Testament in L. hæredes palàm 31. ff. qui testam. fac. poss. dem neuen Recht nach aber ist dise Solnnnität aufgehöbt worden. Auth. & non observato. Cod. de testam. Und weilen in unsern Art. das Widerspihl nicht verordnet worden, so sagen wir, es seye genug, wann in dem schrifftlichen solennen Testament der Nahmen des Erbs entweder durch den Testirer oder durch einen anderen geschrieben worden.

26. Die dritte Frag ist, was zu sagen seye von jener Clausul, welche gemeiniglich denen schrifftlichen solennen Testamenten beygesetzt wird, daß nemlich jenes, was in denen Beylagen vom Testirer geschriebner gefunden wird, eben die Krafft und Macht haben soll, als wann es im Testament selbst geschrieben stunde? Der DD. gemeine Meynung ist, daß dergleichen Clausul giltlich und nutzlich seye, aus Ursach, weilen durch das Beziehen auf die Beylageu ihr die Krafft zugeignet wird, welche das Testament selbsten hat. Und das wird bey unsern Gerichtern täglich practicirt, weilen man kaum einmahl ein Testament finden wird, deme nicht in Beylagen mehrer zugesetzt, als was im Testament selbsten geschrieben und verordnet worden, also daß zu Zeiten die Testirer jenes vergessen, was im Testament geschrieben stehet, und in denen Beylagen solche Sachen beysetzen, welche mit dem Innhalt des Testaments nicht über eins kommen können. Es hat ein geheimer Rath des Durchleuchtigisten Maximiliani, ein gewiß rechtschaffener und Hochgelehrter Mann ein schrifftliches Testament gemacht, und solches mit so vil eigenhändig geschriebnen Beylagen beschwehret, daß er sein Testament gantz obscur gemacht hat, und ich als neben anderen zweyen Herrn Revisions-Räthen zu Untersuchung Verordneter haben die Arth und Weiß der gegen einander stehenden Verordnungen nicht erfinden können, sonder ist nöthig gewesen, daß die Sach dem Durchleuchtigisten Churfürsten um solche der Billigkeit nach auszusprechen, überlassen wurde. Es sagt also gantz recht Joseph. Ludovicus in tract. comm. apin. conclus. 66. n. 7. daß dise Arth mit Beylagen zu testiren gefährlich, und davon wie vom Feur abzustehen seye. Aus Ursach, dann obwohlen solche in Beylagen beschehne Verordnung wegen Mangel der Solemnität nicht kan umgestossen werden, weil sie ihre Giltigkeit und Krafft vom Testament hernimmt, so kan doch dergleichen Schrifft in puncto voluntatis leichtlich umgestossen werden, wann nemlich gelaugnet wird, daß solche Zettel der Testirer geschrieben habe, in welchem Fall man das gefährliche Mittel ergreiffen muß, nemlich die Gegeneinander-Haltung der Schrifft, weilen einige, wie in auth. de instrum. caut. & fid. in princ- gesagt wird, sich auf Nachmachung der Handschrifft verlegen, und leicht einer zu finden ist, die auf einen Zettel des Testirers Handschrifft so genau und zierlich schreiben kan, daß solche Schrifft von der wahren entweders gar nicht, oder swehr erkennt werden kan. Es thun also jene gantz recht, welchen in einer Beylag etwas dem letzten Willen beysetzen, oder wegnemmen wollen, solches vor zwey Zeugen thun, damit die Schrifft nicht in Zweiffel gezogen werden kan.

Die 4te Frag ist, weilen wir oben un- 27.
ter anderen gesagt haben, daß der Zeug im Testament, wann er für einen anderen siglet, Krafft unsers Art. bey der Unterschrifft Meldung thun müsse, daß er für einen anderen auf Ersuchen sein Sigl beygedruckt habe, ob auch dergleichen Meldung geschehen müsse, wann einer aus denen

nen Zeugen sich eines gantz fremden Sigels bedient hat? Und obwohlen in Semicent. 1. controvers 36. n. 6. wir behauptet haben, es könne defendirt werden, daß dise Meldung bey der Unterschrifft nicht nöthig seye, Krafft der allda angeführten Ursachen.

28. So ist doch die weitere und 5. Frag, ob einer aus denen Testaments-Zeugen ein gantz fremdes Sigil brauchen könne? Die Ursach zu zweifflen ist, weil der Art. ausdrucklich allein vom Sigel des Mit-Zeugens redet, dann nachdeme der Art. verordnet hatte, daß ein jeder der Gezeugen sich eigenhändig unterschreiben, und sein gewohnliches Insigl beysetzen müsse, macht er allein disen Ausnahm, daß, wann einer kein eigen Insigel hat, ein anderer aus denen Mit-Zeugen disen Mangel mit seinem Sigil ersetzen könne, von einem fremden Sigel aber sagt er nichts, scheint also, daß die Beydruckung eines fremden Sigel unnutzlich seye. Aber es ergibt sich kaum eine Ursach, warum ein Zeug, der kein eigen Insigl hat, sich des Mit-Zeugens Sigel bedienen könne, und nicht auch eines fremden? Wir zweifflen gar nicht, daß nicht die Gebrauchung eines fremden Sigel giltig und erlaubt seye, aus Ursach, weilen dem gemeinen Rechte nach solches giltig, und in unsern Art. solches nicht verbotten ist, auch im Zweiffel allzeit mehr zu Vesthaltung des Testaments als zu dessen Umstossung zu sprechen ist. Jenes aber ist gewiß, wann man schon setzt, daß ein gantz fremdes Sigel unnutzlich beygedruckt werde, daß doch des Vatters dem Sohn erblich zugefallene Sigel für fremd nicht gehalten werden könne, sonder giltig seye, wann schon die darinn gestochne Wort mit dem Nahmen des Zeugens nicht über eins kommen, wie gesprochen worden zu seyn erinnert habe dict. controv. 26. was den Zeugen betrifft, und D. Manz. cit. tit. 4. n. 129. was den Testirer betrifft.

29. Sechstens, wird gefragt, auf was für einer Materi, und in was Sprach das Testament gemacht werden könne? Und wir antworten, es lige nichts daran, auf was das Testament geschrieben werde, auf Papir oder Pirgament §. nihil autem. 12. Inst. de testam. ord. L. quoniam 15. in fin. Cod. de Testam. L. 1. in princ. ff. de bonis poss. secund. tab. L. chartæ 4. ff. eod. Gleichwie auch nichts daran gelegen ist, in was Sprach des Testament Lateinisch oder Teutsch oder in einer anderen Mutter-Sprach geschrieben werde. L. hac consultissima 38. §. illud 4. Cod. de testam. L. tutores fin. Cod. de testam. tutel. Wann nur die Zeugen und der Testirer einander verstehen, und das Testament mit gewohnlichen Buchstaben, und nicht mit ungewohnlichen Noten, oder Ziffern geschrieben ist. Wie diß alles vollständiger zu lesen ist bey Manz. dict. tract. de testam. tit. 4. n. 32. & seq. wo er unter anderen auch dise Frag durchsuchet, ob, 30.
wann einer dem anderen ein gewisses Stuck Geld legirt, die Summ mit Buchstaben oder Ziffern auswerffen müsse? Und schließt, sicherer zu seyn, daß die Auswerffung mit Buchstaben als mit Ziffern geschehe, in welchen absonderlich in Vermehrung der Ziffer gar leicht ein Betrug geschehen kan.

Die 7. Frag ist, ob einer mit mehreren Testamenten absterben könne. 31.
Und es ist ein Unterschied zu machen in dem Wort mit mehreren. Dann entweders seynd die Testament unterschiedlich, so zu zerschiedener Zeit errichtet worden, und alsdann können sie zugleich nicht gelten. §. 2. Inst. quib. mod. testam. infirm. Dann das letztere wirfft das erstere über den Hauffen. Wann aber ein Testament in mehrern Exemplen in einer oder zerschiedener Zeit zwey- oder mehrmahlen solennizirt wird, so gilt das Testament, weil wir setzen, daß nur ein Testament von gleichem Innhalt seye. Jul. Pac. ad dict. §. 13. Inst. de testam. ord. Ja Ulpianus in L. 1. §. 6. ff. de bon. possid. secund. tab. laßt zu, daß, wann zu einer Zeit zwey Testamens Exemplar erricht worden, worin zerschiedene Erben geschribner gefunden werden, das Testament für eines gehalten werde, und der jedwedere Erb die Possessionem bonorum begehren könne. Manz loc. cit. n. 29.

Die 8. Frag ist, ob mehrere in einem Libell, wo mehr nicht als 7. Zeugen gebraucht werden, testiren können? 32.
Und wir antworten mit Ja. Clarus. §. testamentum. quæst. 60. Gomez. var. resolut. tom. 2. cap. 11. n. ib. Boërius decis. 253. n. 5. Wo er sagt, gleichwie ein Testament in mehrern Exemplaren gemacht werden kan, doch daß es eines seye und bleibe, also auch kan ein Libell mehrerer Testirer Verordnungen in sich begreiffen. Ein tägliches Exempel haben wir an deren Ehe-Leuthen gegeneinander machenden Testamenten, wo obwohlen in der That zwey Testament seynd, nichts destoweniger doch mehr nicht als 7. Zeugen, und deren Unterschrifft und Sigel gebraucht werden. Doch erinnert gantz recht Gail. 2. obser. 11. daß die Zeugen in ihren Unterschrifften sagen sollen, daß sie das Testament in Nahmen des Manns und des Weibs unterschreiben und siglen. Welches auch approbirt Gomez. loc. cit. n. 16. Pet. Peck de test. conjug. lib. 1. cap. 19. n. 1. & seq. Alv. Valasc. consult. 7. per tot.

Die

Die 9. Frag ist, ob nichts destoweniger ein solches Testament, so von mehreren Persohnen gemacht worden, von jeder nach Gefallen könne widerrufft werden? Und wir antworten mit Ja, weil in der That nicht ein Testament ist, sonder ein mehrfaches nach Anzahl der testirenden Persohnen. Idem Gail. n. 2. & seq. Mynsc. cent. 1. obs. 8. faber in Cod. suo tit. de test. defin. 18.

34. 10. Wird gefragt, ob auch zu nächtlicher Zeit ein Testament gemacht werden könne? Und wir antworten mit Ja. L. 22. §. 6. ff. de testam. aus Ursach, weilen alle Contract, Vergleich, und andere Act, welche nicht ausdrucklich verbotten seynd, zu Nacht können geschlossen werden. L. non minorem 20. Cod. de transact. Also auch ein Testament, wann nur eine genugsame Erleichtung verhanden ist, damit die Zeugen den Testirer sehen und erkennen können. L. si non speciali 9. Cod. de testam. Mant. de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 7. in fin. & tit. 8. n. 3. Wo er vermeynt, daß ein Liecht genug seye, und nicht drey erfordert werden, welches unsers Erachtens wahr ist, wann eines so erleichtet, daß das gantze Zimmer hell ist.

35. Endlich und letztlich wird gefragt, was zu Eröffnung der Testamenten erfordert werde? Dem gemeinen Recht nach haben wir einen gantzen Titul in Codice, und digestis; welcher Gestalten die Testament eröffnet, eingesehen, und abgeschrieben werden sollen. Und dise Eröffnung der Testamenten ist von darummen nöthig, damit erhelle, ob und wer darin eingesetzt worden, gleichwie auch die Eröffnung der Codicillen nöthig um die Legaten zuwissen. L. ult. Cod. h. tit. Und dise Eröffnung geschahe meistens vor der Obrigkeit, welche die Testaments-Gezeugen zusammen rueffte um ihre Unterschrifften und Sigel zu recognosciren L. cùm ab initio 4. ff. quemadm. testam. aper. Weilen aber vor Altem unter den Gelehrten ein grosser Stritt ware, ob, wann die Zeugen unter der Zeit, nemlich daß das Testament errichtet worden, und biß der Testirer gestorben, gestorben wären, das Testament zerfalle, wie zu lesen ist bey Dauth. ad L. 2. Cod. de testam. wo er mit Ja antwortet, und bey Vigil. in §. 7. instit. de testam. wo er das Widerspiel behauptet, so ist durch Gewohnheit eingeführt worden, daß ein Notarius so gleich nach dem Testations-Act die Zeugen aufs neue zusammen ruffe, und sie um ihre Sigil und Unterschrifften befrage, und über disen Recognitions-Act ein besonders Instrumentum verfaßte, damit, wann sich zutragt, daß die Zeugen vor Eröffnung des Testaments versterben, das Testament wegen nicht beschehner Recognition nicht kan umgestossen werden. Obwohlen eben dises unter denen Rechts-Gelehrten im Stritt ist, ob dem Notario ein solcher Gewalt zustehe, der Eröffnung und Publication der Testamenten durch dergleichein schnelle Testaments-Recognition vorzukommen, wie zu lesen ist bey vorbemelten Dauth. in Rubr. de testam. n. 454. wo er widerum mit Ja antwortet, und bey Gilkin in L. 2. Cod. de testam. & quemadm. aper. wo er das Widerspiel haltet. Der erstere Sentenz aber ist in praxi angenommen, weil selten mehr die Testament vor der Obrigkeit eröffnet, oder publicirt werden, sonder meistens vor dem Notario, am öfftisten aber, wann das Recognitions-Instrument zur Zeit des gemachten Testament darzu gekommen, geschieht die Eröffnung nur unter jenen in privat, welchen die Sach angehet.

Was ist aber Rechtens, wann einer 36. umgangen, und vor der Eröffnung des Testaments ausgeschlossen wird, deme daran gelegen ist, von Innhalt des Testaments Wissenschafft zu haben, und wir antworten, daß einem solchen das Interdictum de tabulis exhibendis zustehe, wovon gehandlet wird, in Tit. 7. lib. 8. Cod. oder die Actio ad exhibendum wider jenen, unter dessen Händen das Testament ist. Wovn mit mehreren handlet Perez ad dict. tit. und das Collegium argentoratense ad tit. 3. lib. 29. ff. und wir bey dem 3. Art. weitläuffiger auslegen werden.

Der anderte Articul.

Diejenige, die selbst nicht mögen von Rechtswegen Testament machen, oder aus einem Testament was empfahen, auch Frauen Persohnen, und die, so in Gewalt des Testirers, oder unter 14. Jahren seynd: Item der im Testament zu einem rechten oder affter Erben eingesetzt, also ihme nicht nur etwann ein sonderbar Legat gegeben, oder andere dergleichen Geschäfft gemacht, deßgleichen der, welcher in derselben Erben Gewalt ist,

oder den Erben in seinem Gewalt hat, also auch die, so nicht ehrliche Leuth, erklärte Verschwender, Sinn-los, Stummen, oder Taub seyn, die mögen in Aufrichtung eines Testaments zu Zeugen nicht gebraucht werden. Daher ist rathsam, wo eines Zeugen halben ein Zweiffel ist, daß ihr mehr als 7. genommen werden, zu Erstattung des Mangels, der sich etwann in einem Zeugen erfinden möcht.

Summaria.

1. Welche im *Testament* Zeugen seyn können, und welche nicht?
2. Ob jene nicht Zeugen seyn können, welche kein *Testament* machen noch aus einem *Testament* was empfangen können?
3. Item die Weiber, und Verschnittene?
4. Ob nicht wenigistens die Weiber im Geistlichen *Testament*, oder zu milden Stifftungen, im Soldaten *Testament*, *in Codicillen* rc. Zeugen seyn können?
5. Ob die Kinder nicht Zeugen abgeben können?
6. Ob der Vatter im *Testament* seines Sohns Zeug seyn könne?
7. Ob andere Bluts-Freund, oder Schwäger ausgeschlossen werden?
8. Ob die so unter 14. Jahr seynd, Zeugen abgeben können?
9. Warum die *Testaments* Gezeugen beydes Geschlechts 14. Jahr vollständig alt seyn müssen?
10. Ob die Erben oder After-Erben im *Testament* Zeugen seyn können?
11. Was Rechtens, wann der Erb die gantze Erbschafft dem anderen zustellen muß, ob er alsdann Zeug seyn könne?
12. Ob die *Legatarii*, *Fidei-Commissarii*, *Donatarii mortis causa* im *Testament* Zeugen seyn können?
13. Auch in *Codicillis*?
14. Ob die nicht ehrliche Leuth im *Testament* Zeugen seyn können, und welche dise seyen?
15. Ob die erklärte Verschwender Zeugen seyn können?
16. Die Sinn-lose, oder Unsinnige?
17. Die Stummen, und Taube, welche zugleich stumm und taub, oder nur stumm oder taub allein seynd?
18. Ob die Blinde?
19. Ob ein Münch *Testaments*-Zeug seyn könne, absonderlich wann das Closter als Erb eingesetzt wird?
20. Ob die Leibeigne Leuth Zeugen im *Testament* abgeben mögen?
21. Die im Römischen Reich erdulte Ketzer?
22. Die offentlich *Excommunicirte*?
23. Ob die *Testaments Executores*, *Testaments*-Zeugen seyn können?
24. Ob durch Brauchung eines undichtigen Zeugens das *Testament* nichtig gemacht werde?
25. Zu was Zeit die *Testaments*-Zeugen tauglich seyn müssen, zur Zeit der *Testaments*-Errichtung, oder zur Zeit des Todts des *Testirers*, und zur Zeit der *Publication*?

1. IN disem Art. wird gehandlet von jenen, welche im Testament keine Zeugen seyn können, und sagt derselbe, daß ein jeder im Testamet Zeug seyn könne, dem solche Zeugschafft nicht verbotten ist. Gottofredus ad L. 1. §. 1. ff. de test. Duar. ad tit. qui testam. fac. poss. rubr. de testib.

2. Es können aber jene keine Zeugen abgeben, welche in unsern Art. in der Ordnung erzehlt werden: In der erst- und anderen Stell seynd jene, welche, wie Kayser Justinianus in §. testes autem 6. Inst. de testam. ord. redet, kein Testament machen und aus einem Testament nichts empfangen können; Es scheint, daß unser Art. für überflüssig erachtet habe, daß er die Persohnen, welchen kein Testament machen, oder aus einem Testament nichts empfangen konnen, in Specie erzehle, weilen, wie in nachfolgenden wir sehen werden, schier alle aus einer anderen Ursach in disem Art. begriffen, die übrige aber aus dem gemeinen Recht bekannt seynd. Wir werden 1. verbleiben bey dem Innhalt unsers Art. und werden zu Ende, was wir vermeynen ausgelassen zu seyn, beysetzen.

Nun in der dritten Stell werden gesetzt die Weiber. Dann dise können im Testament keine Zeugen seyn, nicht aber aus der Ursach, daß sie kein Testament machen, oder einem Testament nichts empfangen können, weilen ihnen dises Recht niergends benommen worden, sonder aus einer anderen Ursach, es mag nun dise seyn, welche sie wolle, entweders die weibliche Gebrechlichkeit, oder der Sachen Wichtigkeit, oder um alle Falschheit zu verhieten, oder der Respect des Juris publici, zu welchem die Weiber nicht zugelassen werden, oder die Schamhafftigkeit des Geschlechts, weilen ein Weib zu Recognoscirung des Sigel, und der Unterschrifft vor dem Richter ehrlich nicht erscheinen können, oder ein andere Ursach: genug ist, daß solches die Gesätz mit sich bringen, und weilen unsere Land-Recht mit dem gemeinen Recht in L. qui testamenta 20. §. mulier. 6. ff. de testam. & §. testes 6. Inst. de testam. ord. über eins kommen, deßwegen ist auf weitere Ursach nicht nachzuforschen. 3.

Welches doch allein verstanden wird vom solennen Testament, dann im Testament, welches den Geistlichen Rechten, 4.

oder zu milden Stüfftungen errichtet worden, muß die weibliche Zeugenschafft zugelassen werden, nach Lehr des Covarn. cap. 10. de testam. n. 26. Emanuel Suarez comm. apin. lit. M. n. 264. obwohlen das Widerspiel haltet Jul. Clar. §. testam. quæst. 55. Graff. §. testamentum quæst. 57. n. 3. farinac. de test. quæst. 59. n. 59. wie sie auch vermeynen, daß die weibliche Zeugenschafft genug seye in einem nich solennen Testament, als im soldatischen Testament, und unter Kinderen, item in Codicillen, Schanckung von Todtswegen, Wesenbec. in parat. n. 11. ff. de test. item in §. testes n. 2. Inst. de testam. ord. denen Weibern werden beygezehlt die Hermaproditen, das ist, die Leuth beyden Geschlechts, absonderlich, wann das weibliche Geschlecht den Vorrang hat. Krafft des Text im Reichs Abschied de An. 1512. Rubr. von Testamenten §. die Notarien. & L. repetundarum 15. ff. de testib. wovon zu lesen ist Farinac. de testib. quæst. 59. n. 57. & seq.

5. In der 4. Stell seynd jene, welche unter dem Gewalt des Testirers seynd, das ist die Kinder §. in testibus. Inst. de testam. ord. dessen ist eine doppelte Ursach, weilen 1. wegen Vätterlichen Gewalt zwischen Vatter und Sohn eine nahe Verwandschafft ist, wodurch der Vatter und Sohn gleichsam für ein Persohn gehalten wird. Und dahero, wann der Sohn über das Peculium castrense oder quasi testiren will, auch sein Vatter kein Zeug seyn kan, noch jener, der in des Vatters Gewalt stehet dict. §. in testibus 9. vers. sed si Inst. de testam. ord. wo die andere Ursach beygefügt wird, weil in diser Sach die Zeugschafft der Haußgenossnen verworffen wird, also wolte gleichsam der Text sagen, daß dergleichen Zeugen anscheinen, ihnen zu eignen Nutzen die Zeugenschafft ablegen, es kan aber keiner in eigner Sach Zeug seyn: DD. ad dict. vers. sed etsi Inst. de testam. ord. Was den Sohn betrifft ist die Sach gar klar, daß er im Testament nicht Zeug seyn kan, weil er als Erb eingesetzt werden muß: Ein Erb aber (weil das gantze Geschäfft bey Errichtung des Testaments zwischen ihm und den Testirer verhandlet wird) kan kein Zeug seyn, L. qui testamento 20. ff. qui testam. fac. poss. gleichwie er vor Gericht kein Zeug seyn kan. L. repetundarum 15. ff. de test. Und obwohlen der §. in testibus 9. Allein vom Sohn redet, aus welchem die Rechts-Gelehrte schlüssen, daß ein emancipirter Sohn in des Vatters Testament Zeug seyn könne, so ist doch diß allein also zu verstehen, daß nach der Emancipation der vätterlichen Gewalt nicht mehr hinderlich seyn könne, daß der Sohn als Zeug gebraucht werden könne: weilen jedoch der emancipirte Sohn nach heutigem Recht Sohn verbleibt, und in des Vatters Testament als Erb eingesetzt werden muß, so wird er deßwegen als Testaments Zeug verworffen.

Doch muß dises, was vom Vatter als zu des Sohns Testament undichtigen Zeugen gesagt worden, also verstanden werden, wann er über seine Bona castrensia nach geendten Krieg testirt; Es wird also eines Sohn Testament in dreyerley betrachtet; Dann entweders ist solches gemacht worden über sonst erworbene Mittel, oder über die Bona castrensia, oder quasi über die sonst erlangte Güther kan der Sohn gar kein Testament machen, weil er unter dem Vätterlichen Gewalt stehet Uber die Bona castrensia oder quasi aber kan er allzeit ein Testament machen, sowohl da er noch im Lager stehet, oder da das Lager aufgehebt worden. In des Sohns nach geendten Krieg errichteten Testament kan der Vatter kein Zeug seyn, weil der Vatter und Sohn für eine Persohn gehalten wird. Und obwohlen dise Ursach scheinet, auch Platz zu haben in des Sohns Testament, so er im Lager macht so ist doch das Widerspiel zu sagen, weil eins Soldatens Testament nicht in der Solemnität der Zeugen, sonder allein im Willen des Testirers bestehet. Princ. Inst. de milit. testam. L. 20. §. 2. ff. qui testam. fac. poss. Und deßwegen, gleichwie weder eines Weibs, also auch weder eines Vatters Zeugenschafft in eines Soldaten Testament ausgeschlossen wird, DD. ad dict. 9. & ibi D. Rath. n. 213. & seq. nachdeme aber der Krieg aufgehebt worden, muß sich der Soldat bey Machung eines Testaments nach dem gemeinen und nicht nach dem Soldaten Recht verhalten, und also, obwohlen der Vatter wegen Vätterlichen Gewalt von des Sohns Testament nicht ausgeschlossen wird, weil der Sohn in Bonis castrensibus oder quasi für einen Hauß-Vatter gehalten wird, so wird er doch ausgeschlossen wegen zu naher Verwandschafft, weil Vatter und Sohn für ein Persohn gehalten wird. 6.

Mit diser Gelegenheit wird gefragt, ob auch andere Bluts-Freund Agnaten, und Cognaten, Schwäger und Verwandte ausgeschlossen werden? Die Ursach zu zweifflen ist, weil der Kayser in dict. §. 9. Inst. de testam. ord. die Wort braucht, dann in jener Sach (das ist bey Errichtung eines Testaments) ist das Testimonium domesticum verworffen. Dessen doch ohnerachtet wollen sie gemeiniglich, daß ein Testimonium domesticum in Testamenten nicht ausgeschlossen werde wegen naher Bluts-Freundschafft, oder wegen eines anderen Absi- 7.

Absehens, wann nicht der Vätterliche Gewalt mit einschlagt, oder die Fingirung, der Vatter und der Sohn ein Persohn seyen, also daß der Sohn in der Mutter, oder Anherrns Mutter Seits Testament (wann er nicht Erb ist) item ein Mann im Testament des Weibs (in so weit solches ihn nicht betrifft) ein Patronus in des Liberti, und ein Minister in seines Herrn Testament, oder hingegen Zeugen sein können: weil nemlich in disem allem die Ursach des Vätterlichen Gewalts, und daß die Persohnen für ein Persohn gehalten werden, abgehet. Trentler. vol 2. disp. 10. thes. 4. lit. M.

8. Die fünffte Stell ist deren, so noch nicht 14. Jah alt seynd; dann dise, obwohlen sie aus einem Testament was erben, und als Erben eingesetz werden können, so werden sie doch wegen Schwäche des Verstands weder bey Testamenten noch in anderen Geschäfften als Zeugen zugelassen. L. qui testamenta 20. in fin. princ. ff. de testam. §. testes autem 6. Inst. de testam. ord. Recess. Imp. de An. 1512. Rubr. von Testamenten §. die vor. L. 3. §. 5. ff. de testib. Es werden also jene, die noch nicht 14. Jahr alt seynd, dißfall von der Zeugenschaff deßwegen nicht ausgeschlossen, weil sie kein Testament machen können, sonder wegen geringen Alter, und nicht zeitigen Verstand.

9. Dem gemeinen Recht nach ist bekannt, daß ein Weibsbild geschwinder als ein Mannsbild mannbar werde, das ist im 12. ein Knab aber mit 14. Jahr. Disen Unterschied aber thut unser Art. verwerffen, und verordnet, daß unter 14. Jahren im Testament niemand Zeug seyn könne Woraus zwey Puncten abnimme, erstlich, daß, obwohlen sonsten ein Weibsbild im Testament, ausser in einem privilegirten Soldaten Testament, unter Kinderen ꝛc. lediglich kein Zeug seyn könne, sie doch um eine Zeugin im privilegirten Testament abgeben zu können, 14. Jahr alt seyn müsse, weil in disem Geschäfft nicht auf die Pubertät, wann die Boßheit das Alter übersteigt, sonder auf die Reiffe des Verstands gesehen wird, welcher ja beym männlichen Geschlecht weit ehender als weiblichen Geschlecht kommt. Dann es wäre ungeschickt, daß ein Weibsbild in jeden privilegirten Testament im 12. Jahr Zeug seyn könnte, und das Mannsbild vor 14. Jahren nicht. Andertens sagt der Art. deutlich oder unter 14. Jahren. Woraus wir schlüssen, daß das 14. Jahr in beyden Geschlecht völlig erfüllt erfordert werde, dann diß bringt mit sich das Wort unter, also daß das angefangene 14. Jahr nicht genug ist, sonder wird erfordert, daß das 14. Jahr erfüllt seye, weilen gewiß der reiffe Verstand vor erfüllten 14. Jahr selten erlangt wird.

Die 6. Stell machen aus jene, welche 10. im Testament als Erben oder Affter-Erben eingesetzt worden, wie wir schon in vorgehenden gesagt haben, Krafft des Text. in L. qui testamentum 20. in princ. ff. de testam. §. sed neque 10. Inst. de testam. ordin. aus Ursach, weilen niemand in eigner Sach ein tauglicher Zeug seyn kan. L. omnibus 10. Cod. de testib. L. nullus ff. eod. in testament. aber wird eigentlich um die Persohn des Erben gehandlet.

Was ist aber Rechtens, wann der 11. Erb die gantze Erbschafft einem anderen zustellen muß, kan er wohl solchen Falls im Testament Zeug seyn? Uber dise Frag lese den Farina de testib. quæst. 60. n. 302. gewiß, wann der Erb die quartam trebellianicam von der Erbschafft abziehet, so kan weder er, noch der Fidei-Commissarius in Testament Zeug seyn, weilen um ihren Nutzen gehandlet wird, welches das unsern Art. beygesetzte Wort Affter-Erben andeutet; dann dises Wort kan nicht allein den substituirten Erben, sonder auch den Fidei-Commissarium anzeigen, dem die Erbschafft nicht directè sonder indirectè zufallet. Und gleichwie, wie wir oben schon ausgelegt haben, auch jener, der in des Testirers Gewalt stehet, nicht Zeug seyn kan, also auch kan jener kein Zeug seyn, der in des Erben Gewalt ist, welcher Erb entweders directè oder indirectè in- oder substituirt worden ist. Eben eins ist, wann der Erb in Gewalt eines aus denen Zeugen ist, weilen auch ein solcher als Zeug nicht kan gebraucht werden, nicht zwar weil er nicht eignen Gewalts ist, sonder ex capite unitatis personæ, weil ein solcher Zeug, der den Erben im seinem Gewalt hat, für ein Persohn gehalten wird.

Was ist aber von denen Legatoriis, 12. und Particular-Fidei-Commissariis, oder auch von denen von Todswegen Beschenckten zu sagen? Und es scheint es seye zu antworten; sie können keinen Zeugen seyn, aus der kurtz zuvor angebrachten Ursach, weil niemand in eigner Sach Zeug seyn kan, wegen welcher ihm ein Nutzen zugehet, es mag solches directè oder indirectè geschehen. cap. personas. 20. X. de testib. Ein anderes aber verordnet unser Art. in den Worten: Als ihme nicht nur etwann ein sonderbar Legat gegeben, oder ander dergleichen Geschäfft gemacht worden. Als wolte der Art. sagen, obwohlen ein

ein Erb auf keine Weiß Zeug seyn kan, so kan doch nichts destoweniger ein Legatarius und Particular-Fidei-Commissarius als Zeug gebraucht werden, in Krafft des L. 20. in princ. ff. qui testam. fac. poss. & L. dictantibus 32. Cod. de testam. Wo ohne Unterschied gantz general verordnet wird, daß der Testirer denen zum Testament machen gebrauchten Zeugen nach seinem Gefallen, was er will, vermachen könne. Wann nun der Testirer nach seinem Gefallen denen Zeugen etwas vermachen kan, so folgt nothwendig, daß die Legatarii und Particular-Fidei-Commissarii im Testament Zeugen abgeben können. Dann es ist lediglich ein Ding, daß einem Zeugen etwas vermacht werden könne, und daß ein Legatarius oder Particular-Fidei-Commissarius als Zeug gebraucht werden könne, weilen eben darum, daß dem Zeugen etwas vermacht wird, er alsogleich ein Legatarius wird, und im Gegenspiel ein Zeug kein Legatarius genennt werden kan, wann ihm nicht vom Testirer etwas vermacht worden. Fürwahr dise Verordnung, weil sie zu Erhaltung der letzten Willen favorabel ist, scheint, daß sie in all Weeg zu beobachten seye, dann wer wurde sonsten sich zum Testament machen gebrauchen lassen, wann er wuste, daß ihme der Testirer nichts vermachen könnte? Wo doch meistens die Testament, und Heyraths-Pacten (in welchen auf dem Sterb-Fall sehr viles vom Erben ausgemacht wird) unter Bluts-Freunden errichtet werden, denen zu Zeiten zur Danckbarkeit ein Legat, oder Fidei-Commiss, oder Schanckung von Todswegen zum Zeichen des geleisteten Freund-Stucks vermacht wird. Auf jenes, was oben zum Widerspiel beygebracht worden, antwortet mit schönen Ursachen seinem Brauch nach D. Manz. in tract. de testam. tit. 5. n. 50. & seq. Und diß hat nicht allein Platz in schrifftlichen verfasten, sondern auch in dem vom Mund ausgesprochnem Testament, weilen die oballegirte Text ins gemein reden, und unter dem schrifftlichen verfasten oder mündlichen ausgesprochnen Testament keinen Unterschied machen, und es scheint, daß auch jene Doctores nicht anzuhören seyn, welche den Casum allein auf das ein oder dem anderen Zeugen vermachte Legat einschräncken, weil auch diß in bemeldten Gesatzen nicht enthalten ist. Muß also die allgemeine Verordnung vest bleiben, damit das Testament unangefochten bleibe, wann schon allen Legatoriis etwas vermacht worden. D. Rach. ad tit. 10. Inst. de testam. ord. à n. 226. biß ad n. 247.

Es ligt auch nichts daran, ob denen Zeugen wenig oder vil hinterlassen wird, dann obschon Martianus in L. si quis 15. ff. de reb. dub. ein Exempel setzt allein von 10. Zeugen, denen ein Legat vermacht worden, so thun doch die Exempel auf ein gewisse Zahl nicht adstringiren, sondern allein die Sach erklären. Und L. dictantibus. 22. Cod. de testam. ist klar, daß der Testirer denen zum Testament machen gebrauchten Zeugen nach seinen Gefallen, so vil er will, vermachen könne.

Ist wohl eben dises auch zu sagen von denen Zeugen, welche zu Errichtung der Codicillen gebraucht werden? Und es scheint, es seye mit Ja zu antworten, aus Ursach, weil ja ein Testament machen von grösserer Wichtigkeit ist, als ein Codicill machen, wann also ein Legatarius, ein Particular-Fidei-Commissarius, oder ein Donatarius von Todswegen im Testament Zeug seyn kan, warum nicht auch im Codicill? Wir aber antworten, es seye der Unterschied, daß im Testament die Sach hauptsächlich zwischen dem Testirer, und dem Erben abgewandlet werde, in denen Codicillen aber wird die Sach zwischen dem Testirer und denen Legatarien rc. abgewandlet, und deßwegen können sie bey Codicillen als in eigner Sach keine Zeugen abgeben, wie im Testament als einem sie nicht angehenden Geschäfft. Farinac. loc. cit. quæst. 60. n. 308. Wesenb. in parat. n. 11. ff. de testam. 13.

Die 7. Stell machen aus die Infame, oder, wie der Kayser redet in §. 6. Inst. de testam. ord. welche die Gesatz unfähig machen. Es wird aber jener unfähig, und daß er nicht testiren könne, genennt, deme wegen seinen sehr schlechten Sitten aller Glauben und Zeugschafft benommen ist. Harprecht ad §. 6. Inst. de testam. ord. n. 29. Dergleichen ist jener, welcher wegen einer Schmach-Schrifft oder Paßquil condemnirt worden L. is cui 18. §. 1. ff. de testam. welcher in Judicio repetundarum unterlegen ist. L. qui testamento 20. §. cum qui 5. ff. de testam. & L. repetundarum 15. ff. de testib. Und welcher eines Ehebruchs überwiesen, und bestrafft worden ist. L. scio 14. ff. de testib. L. ex ea. 18. ff. eod. Und obwohlen einige Rechts-Gelehrte wollen, daß nach dem geschriebnen Burgerlichen Recht nur jene für verworffne infame Leuth, und daß sie nicht testiren können, gehalten werden sollen, welche in einem gewissen Gesatz zu Zeugschafft Ablegung, und zwar in specie im Testament nicht zugelassen werden. Vigl. ad 14.

 dict.

dict. §. testes 6. Inst. de testam. ord. D. Rath ibidem n. 198. & seq. So redet doch gantz recht in genere Duaren. in §. superius. rubr. de testib. in testam. daß, wann einer vor Gericht kein Zeug seyn kan, ein solcher noch weniger im Testament, worinn die Zeugen von grösserer Authorität nöthig seynd, als bey Gericht, Zeug seyn könne. Mit disem stimmt ein Harprecht loc. cit. n. 39. Wo er sonderheitlich will, daß ein jeder, der Diebstahls, Rauberey, oder Injurien halber condemnirt worden, wann er hierdurch infam wird, kein Zeug weder vor Gericht, oder im Testament mehr seyn könne. Farinac. de testib. quæst. 56. n. 42. Jul. Clar. §. testamentum quæst. 55. in fin. Manz. de testam. tit. 3. n. 28. Welche Meynung unsere Statuten approbiren, welche alle Infame von der Zeugschafft, und zwar insonderheit von der Testamenten Zeugenschafft ausschlüssen. Wann einer der widrigen Meynung von darumen folgen will, daß die Infame, welche auch infamiâ juris infam seynd, nichts destoweniger ein Testament machen können, wann ihnen solches nicht sonderheitlich verbotten ist. L. 1. Cod. de secund. nupt. L. si quæramus. 4. ff. qui testam. fac. poss.
diff. Der muß hier nothwendig einen Unterschied zwischen dem gemeinen und unsern Land-Recht machen, aber gewiß dise überflüssige Subtilität verwirfft die gantze Welt. Weilen aller Orten mit dem Geistlichen Recht Krafft des cap. testimonium 54. & cap. fin. X. de testib. die wegen begangnen Verbrechen infam wordene Leuth in keinem Geschäfft für taugliche Zeugen gehalten werden. Es hindert auch nichts, daß einigen Infamen das Testament machen erlaubt ist, weilen, obwohlen wahr ist, daß der kein Zeug seyn könne, der kein Testament machen, oder aus einem Testament nichts empfangen kan, wie wir oben ausgelegt haben. Doch das Gegen-Argument nicht gilt. Diser oder jener kan ein Testament machen, oder aus einem Testament etwas empfangen; Also ist er im Testament ein tauglicher Zeug. Weil aus einer anderen Ursach, villeicht weil er unsinnig, ein Verschwender, Tauber, Stummer, oder mit einem anderen Mangel behafftet ist, solcher von der Zeugschafft nicht aber von Machung eines Testaments, oder davon verhindert werde, daß er aus einem Testament nichts empfangen könne.

15. Die achte Stell vertretten die Verschwender dict. §. testes 6. Inst. de testam. ordin. L. is cui 18. in princ. ff. de testam. Aus Ursach, weilen die Verschwender auch wegen ihrer Schalckhafftigkeit und Verschwenderey kein Testament machen darffen, und werden billig in fremden Geschäfften verworffen, welche in eignen nichts nutz seynd. Dann einem Unsinnigen ist jener gleich, welcher keinen Verstand hat. L. 1. ff. de curat. furios. Wesenbec. ad dict. §. testes 6. n. 9. Es wird aber erfordert, daß einer ein erklärter Verschwender seye. Wie unser Articul dises Wort ausdrucklich beysetzt, in Conformität des 9. Art. 13. Tit. Wo zuvor des Richters gütliche Ermahnung erfordert wird, und, wann solche nichts hülfft, daß für solche sie durch offentliche Edict und Anschlag erklärt werden. Lese was wir alldort bey dem 11. Art. 5. Tit. gesagt haben.

Nun folgt die 9. Stell, in welche eintretten die unsinnige und närrische Leuth, 16.
der Articul braucht zwar allein das Wort der Sinnlosen, es ist aber kein Zweiffel, daß nicht auch darunter die Unsinnige begriffen seyn. dict. §. testes. 6. Inst. de testam. ordin. & L. qui testam. 20. §. 4. ff. de testam. Wenigist so lang der Unsinnige in Wuth verbleibt, zu welcher Zeit er ohne Verstand ist. Wann aber der Wuth einen Unterbruch leidet, zu solcher Zeit kan er Zeug seyn, gleichwie er in anderen Sachen unter Lebendigen nicht ausgeschlossen wird.

In die 10. Stell gehören die Stum- 17.
men, und Taube, es mögen solche zugleich Stumm und Gehörloß, oder allein Stumm oder Gehörloß seyn §. testes 6. Inst. de test. ord. wo in unsern Articul die Wort Stumm oder Gehörloß ausdrucklich disjunctivè gesetzt werden. Aus Ursach, weil ein Gehörloser von der Sach, wovon gehandlet wird, nicht kan unterricht oder informirt werden, ein Stummer aber, wann das Testament strittig gemacht wird, die Zeugschafft nicht aussagen kan. Wann man widersetzt, daß ein schrifftliches Attestat mit dem Pettschafft anstatt der Zeugschafft seye, so antwortet Wesenbec. loc. cit. n. 6. es seye nicht denen Attestaten sondern denen Zeugen Glauben beyzumessen. Aber dise Ursach gefallt uns nicht, weilen auch des verstorbenen Zeugen geschriebnen Attestato geglaubt wird, warum also nicht eines Stumen, absonderlich, wann er bey Recognoscirung mit genugsamen Zeichen erklärt, daß seine Handschrifft und Sigil verhanden seye? Uns ist genug, daß dise Mangelhafft seyn, und also bey Errichtung eines Testaments als bey einem Geschäfft von grosser Wichtigkeit von dem Gesatz-Geber von der Zeugschafft ausgeschlossen worden.

Was

18. Was ist aber von denen Blinden zu sagen, von welchen weder dict. §. testes 6. Inst. de testam. ord. noch unser Art. etwas sagt? Und wir vermeynen, daß auch die Blinden beym Testament keinen Zeugen abgeben können. Aus Ursach, weilen wir schon oben gesagt haben, daß zu der Auswürckung, damit in das Testament kein Falschheit einrucke, die Zeugen in Gegenwart des Testirers seyn müssen, also daß kein Vorhang oder Spannische Wand darzwischen seyn soll: Es ist aber ein gar zu dicker Vorhang, wann einer gar blind ist. Hernach werden auch die Blinde Krafft des 24. Articuls von Gerichtlichen Zeugschafften ausgeschlossen, also noch vilmehr in Testamentern, nach Innhalt kurtz zuvor beygebrachter Regul, daß die Testaments-Zeugschafft von grösserer Wichtigkeit seye, als die Gerichtliche: Es hindert auch nichts, daß der Blinde ein Testament machen könne, wie wir im 6. Articul sehen werden. Weilen, obwohlen er seinen letzten Willen schrifftlich nicht verfassen, er doch solchen mit Worten anzeigen, und also ein vom Mund ausgesprochnes Testament errichten kan, auf Weiß und Arth, wie im 6. Articul mit mehrern erklärt wird.

19. Bißhero hat der Art. von denen Persohnen der Zeugen gehandlet, deme wir einige wenige Fragen beyrucken werden. Die erste ist, weilen die Münch meistens denen Sterbenden beystehen, und bey denen letzten Willen sowohl schrifftlich als mündlich um so lieber als Zeugen gebraucht werden, als sie absonderlich bey gemeinen Volck in grösseren Glauben und Vertrauen stehen, ob sie zu solcher Zeugschafft dichtig seyn? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen ein Münch einem Knecht gleich gehalten wird. Gloss. in L. tædius §. 1. ff. de recept. Nicol. Everhard. in loc. legal. loc. 24. à servo ad Monachum. Ein Knecht aber kan in einem Testament kein Zeug seyn. §. 6. Inst. de testam. ord. L. qui testamento 20. §. servus 7. ff. qui testam. fac. poss. Weilen er nicht freyen Stands, und des Burgerlichen Rechts nicht fähig ist. Und diß hat um so mehr Platz, wann in solchem Testament oder Codicill, wo der Münch Zeug gewesen, sein Closter Erb geschrieben ist, oder demselben ein Legat vermacht worden, weil er anscheint, daß er solchen Falls in eigner Sach Zeug seye, dessen doch ohnerachtet, wollen die Rechts-Gelehrte gemeiniglich, daß ein Münch im Testament Zeug seyn könne. Jul. Clarus §. testamentum quæst. 55. n. 7. Wo er von denen Bettel-München, und der Beysatz ad Clarum von denen Brüdern Prediger-Ordens. Farinac. de testibus. quæst. 91. n. 126. & quæst. 60. n. 467. Wo er von denen Augustiner Brüdern redet, Covaru. de testamen. cap. relatum. n. 5. verf. ult. Guido Pap. decis. 517. viv. litt. T. vers. testes monachi. Und diß wird so weit erstreckt, daß deren Zeugschafften giltig seynd, wann schon solche allein, und sonst keine Weltliche Zeugschafften obhanden seynd, auch der Obern Wissenschafft, und Zulassung abgehet. Idem farinac. loc. cit. n. 134. Vigl. ad §. sed cùm 7. n. 10. Inst. de testam. Obwohlen bey Publicirung und Eröffnung des Testaments die Examinirung des Münchs ohne Vorwissen und Erlaubnuß des Obern ohnerlaubt, doch aber nicht ungiltig ist. Idem vigl. loc. cit. Es hindert auch nichts, was wir kurtz zuvor zum Widerspiel angeführt haben, dann, obwohlen ein Münch einem Knecht verglichen wird, so ist er doch kein Knecht, und weilen niergends verbotten wird, daß er im Testament oder anderen letzten Willen kein Zeug seyn könne, so scheint nicht, daß ihme solche Vergleichung etwas an seiner Legalität benemmen könne. Harprecht. §. 6. n. 20. Inst. de testam. ord. Noch auch im Testament, welches zu Nutzen seines Closters errichtet worden, weilen was das Closter betrifft, nicht alle Münch ins besonder belangt, weil der Schaden oder Gewinn ihnen in eignen Nahmen nicht angehet, sondern das Closter, oder Kirch. Cap. super. quæst. 2. can. Episcopus §. qui 12. quæst. 2. cap. Insuper X. de testib. farinac. de testib. quæst. 60. n. 459. & quæst. 61. n. 126. Manz. de testam. tit. 5.

Die andere Frag entspringt mit Gelegenheit dessen, was wir von Knechten gesagt haben, ob, nachdeme unter denen Christen die Knechtheit aufgehoben worden, die Leib-eigne Leuth im Testament Zeugen abgeben können? Und es scheint, es seye mit Ja zu antworten, weil der Recessus Imperii de Anno 1512. rubr. von Testamentern §. die Form in Zeugen ausdrucklich erfordert, daß er der Leib-Eigenschafft frey seye. Aber unsers Erachtens thut Harprecht ad dict. §. 6. Inst. de testam. ord. n. 20. & 22. die Leib-eigne Leuth gantz recht für Zeugen zulassen, weil sie wahrhafft freye Leuth seynd. Der Recessus Imperii de Anno 1512. ist zu verstehen von wahrhafften Knechten, wann villeicht unter Christen sich einige jure talionis & reciprocationis ergeben solten. 20.

Die 3. Frag ist, was von Ketzeren zu sagen seye, ob sie auch bey denen letzten 21.

ten Willen Zeugen seyn können? Und wir antworten, daß wegen denen Ketzern unserer Zeit, als Lutheranern, und Calvinisten, welche im Reich gedultet werden, kein Zweiffel seye, weilen sie in allen Gerichtlichen und ausser Gerichtlichen Sachen, ohneracht der Excommunication, welche durch das Westphalische Friedens-Instrument, gleichwie auch andere Kirchen-Recht was sie betrifft, in suspenso seynd, für rechtmässige Persohnen gehalten werden. Wann aber auch ein anderer Ketzer, der im Reich nicht tollerirt ist, aber in benachbarten Ländern gedultet wird, dergleichen in Engelland, Schottland, Irrland, in denen unteren Provinzen des Teutschlands, und anderen Orten unzahlbar vil abgibt, im Reich in Testament für einen Zeugen gebraucht wurde, so ist sehr zweiffelhafftig, ob solches Testament giltig seye, Krafft des Text in L. quoniam 21. Cod. de hæret. & manich. Dann alldort sagt der Kayser zu Ende des Gesatz ausdrucklich: Wir wollen, daß andern Ketzern allein wider die Rechtglaubige die Gerichtliche Zeugschafften verbotten seyn sollen. Ubrigens derselben Zeugschafften, und welche in letzten Willen oder in Contracten bestehen, wegen Nutzen des nothwendigen Gebrauchs, lassen wir ihnen ohn Unterschied zu. Es setzt der Kayser die Ursach bey, damit nicht die Prob-Machung eingeschräunckt werde. Es mag nun Farinac. in tract. de testiib. quæst. 56. n. 221. sagen, was er will, so scheint uns doch wahrhaffter zu seyn, daß die im Reich nicht tollerirte Ketzer weder inner noch ausser Gericht in Contracten oder letzten Willen taugliche Zeugen abgeben können. Aus Ursach, weilen der Kayser Anastasius oder Justinianus in dict. L. 21. die schwerere Ketzereyen ausdrucklich ausgeschlossen hat. Es seynd aber die mehriste jetzige Ketzereyen so absurd, und von der Wahrheit so fern, daß auch unsere Reichs Mit-Burger die Lutheraner und Calvinisten solche verwerffen, von welchen gesagt werden kan, was von denen Manisäern und Nestorianern in L. 5. & L. 6. gesagt wird, daß sie auf das äusserste der Laster kommen, und Anfänger und Beschützer des äussersten Aberglaubens seyen, welche fürwahr solcher Freyheit nicht würdig seynd, daß sie zu Gerichtlichen oder ausser Gerichtlichen Testament Zeugen sollen zugelassen werden. Wie in dem gleich nachfolgenden 6. Tit. Cod. verordnet wird, daß die, so den heiligen Tauff wiederhollen, sollen hingericht werden. Welche Irr-Lehr vor altem die Novatianer und Donatisten Ketzer gehabt haben, auch in und ausser dem Römischen Reich sehr eingerissen, und wäre zu wünschen, daß sie nicht mehr obwaltete.

Was 4. von einem Excommunicirten zu sagen seye, das ist aus dem nicht zu resolviren, wie einige sich einbilden, daß von darumen ein Excommunicirter ein tauglicher Zeug seyn könne, weil ein Ketzer ein Zeug seyn kan, welcher doch, wie wir gesagt haben, eben darum excommunicirt ist, weil er in die Ketzerey verfallen ist, dann, weilen kurtz zuvor besagter massen dise über die im Reich nicht erdultete Ketzer gesetzte Regul sehr zweiffelhafftig ist, solche um so weniger aus einer anderen Ursach extendirt werden kan, weilen die Excommunicirte wahrhafft infam seynd, (verstehe, wann sie offentlich excommunicirt seynd, und für solche gehalten werden) Ant. Gabr. in commun. conclus. lib. 1. conclus. 19. n. 10. farinac. de testib. quæst. 56. n. 268. Aber alle infame Leuth daß nach unsern Land-Recht im Testament keine taugliche Zeugen abgeben können, haben wir schon oben erwiesen: Es ist also kein gutes Argument: Die Ketzer, welche dem Geistlichen Recht nach excommunicirt seynd, können im Römischen Reich in Testamentern Zeugen abgeben, also auch andere Excommunicirte; Dann es wird die Consequenz widersprochen, aus Ursach des Unterschieds, weil ein Excommunicirter regulmässig von Gebung aller Zeugschafft ausgeschlossen wird. cap. decernimus. de sent. excomm. in 6. cap. veniens. cap. testimonium X. de testib. Die Regul aber kan durch ein eintzige Ausnahm (wie in unsern im Reich tollerirten Ketzern gesetzt worden) also generaliter nicht umgestossen werden: Dann wer aus denen Catholischen soll dises mit guten Gewissen sagen? Die Excommunications-Recht wider die Ketzer, gleichwie andere Kirchen-Recht bleiben wegen des Westphalischen Frieden-Schluß in suspenso, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, also auch müssen die Recht anderer Excommunicirten ohneracht der Excommunication in salvo verbleiben Der tägliche Brauch bringt bey uns Catholischen ein anderes mit sich. 22.

Die 5. Frag ist, ob die Testaments Executores in Testament Zeugen seyn können? Und wir vermeynen, es seye mit Ja zu antworten, dann obwohlen die Executores für ihre Mühe meistens ein Legat bekommen, so haben wir nichts destoweniger schon oben angemerckt, daß auch die Legatorii taugliche Zeugen in den Testamentern abgeben können, also auch um so mehr die Executores, wann sie für ihre Executions-Mühe aus dem Testament nichts erhalten. Ein anderes ist zu sagen von- 23.

vom Executore eines Codocills, welcher darinn ein Legat hat, weilen auch obbesagter massen ein Legatarius im Codicill, wodurch ihm etwas vermacht wird, als in eigner Sach kein Zeug seyn kan. Wegen denen Executorn ist zu lesen Wesenbec. in parat. ff. qui testam. fac. poss. n. 11. Dil. Dur. de art. test. tit. 2. caut. 9. Ant. Faber de error. pragm. decad. 66. err. 6. per tot.

24. Die 6. Frag ist, was für eine Würckung nach sich ziehe, wann ein untauglicher Zeug gebraucht wird? Und wir antworten, daß das Testament null und nichtig seye, und Krafft desselben die Erbschafft nicht könne angetretten werden, wann schon nur ein Zeug undichtig gewesen. Wesenbec. in parat. ff. qui testam. fac. possunt Weil die Form aufs Negele muß beobachtet werden, und kan derselben nichts abgebrochen werden. Manz. de testam. tit. 5. quæst. 3. Es nutzt auch nichts, wann der Testirer dergleichen Zeugen durch die Beruffung und Erbittung approbirt hat. Dann, wann schon in Gerichtlichen Sachen die sonst undichtige Zeugen mit Einwilligung der Partheyen approbirt werden können, so kan doch niemand machen, daß die Gesatz in seinem Testament nicht Platz haben sollen L. nemo potest 55. ff. de Legat. 1. Und dahero gibt unser Articul zu End einen guten Rath an Handen, welcher auch im Reichs-Abschied de Anno 1512. Rubric. von Testamentern approbirt, daß der Testirer mehrer als 7. Zeugen brauchen soll, dann solchen Falls, wann ein oder der ander aus ihnen unfähig wäre, deren Mangel mit anderen ersetzt werden könte.

25. Die 7. bey denen Rechts-Gelehrten sehr bekannte Frag ist, zu was Zeit die Testaments-Zeugen tauglich und fähig seyn müssen, nemlich zur Zeit des errichten Testaments, oder zur Zeit des Testirers Tod, oder zur Zeit der Publication, das ist bey Antrettung der Erbschafft, wo das Testament eröffnet wird, und die Zeugen zu Recognoscirung ihrer Unterschrifft und Sigil zusammen beruffen werden? Welche Frag Duaren. sub tit. qui testam. fac. poss. rubr. de testib. so schwer zu seyn nennet, daß solche kaum der Gelehrtiste auflösen könne, wegen so vil Unterschied, welche von denen Rechts-Gelehrten beygebracht werden. Lese D. Manz. in tract. de testam. tit. 5. quæst. :. der dise Beschwernuß gründlich auflößt, wohin wir den Leser anweisen, und allein diß ermahnen, daß nach jetzigen Gebrauch und Gewohnheit Testament zu machen, wie im 3. Articul folgen wird, kaum mehr ein Beschwernuß übrig seyn kan. Dann in disem kommen schier alle Rechts-Gelehrte über eins, daß auf die Zeit des Testirers Tod nicht zu sehen seye, also daß das Testament gilt, wann die Zeugen zur Zeit, da sie das Testament siglen, so beschaffen gewesen, daß sie haben können gebraucht werden, wie gesagt wird in L. ad testium 22. §. 1. ff. de testam. Weilen, wann etwas nachgehends denen Zeugen zustossete, solches ihnen nicht schaden könte. Es ist also genug, daß der Zeug zur Zeit des errichten Testaments fähig seye, weilen die biß zu erfolgenden Tod des Testirers sich ergebende Unfähigkeit den zuvor rechtmässig geschloßnen Act nicht mehr entkräfften kan, ja es lassen gemeiniglich die Rechts-Gelehrte zu, daß, wann die Zeugen zur Zeit des errichten Testaments für fähig gehalten worden, nachgehends eines oder des anderen Unfähigkeit erst offenbar wurde, durch diß das rechtmässig errichte Testament an sich selbsten nicht entkräfftet werde. §. sed cùm aliquis 7. Inst. de testam. ord. L. 1. Cod. eodem. Wird also auch nicht entkräfftet, wann die Unfähigkeit erst entspringt. Es bestehet also die gantze Beschwernuß allein in deme, ob die Zeugen zur Zeit der Publication, wann das Testament eröffnet wird, und die Zeugen ihre Handschrifften und Sigil recognosciren, und über des Testirers letzten Willen Zeugschafft geben müssen, fähig seyn müssen, weil alle Rechts-Gelehrte dises behaupten wollen, daß ein jedwederer Zeug zu jener Zeit, wo er Zeugschafft gibt, ohne Mangel seyn müsse. Wir haben aber schon oben erwiesen, daß heut zu Tag der Brauch seye, daß also gleich, nachdem der Act des gemachten Testaments vorbey, der Notarius die zum Testament gebrauchte Zeugen wieder versammle, und selbe über des Testirers letzten Willen examinire, und ihre Unterschrifften und Sigil recognosciren lasse, und über disen Act, welcher die Stell der Publication und Eröffnung des Testament vertritt, ein Instrument verfasse. Welchen Falls jene dreyfache Zeit, wegen welcher sich die DD. so sehr ermatten, auf eine zweyfache Zeit eingeschränckt wird, das ist, auf die Zeit des errichten Testaments, mit welcher auch die Zeit der Recognition der Unterschrifften und Sigel, und also in der That die Zeit der Publication vereinbart wird, zu welcher wann die Zeugen fähig seynd, so kan besagter massen das Testament nicht umgestossen werden, wann sich zutragt, daß die Zeugen nach der Hand biß auf Absterben des Testirers unfähig werden. Dise Beschwernuß wird klärer ausgelegt

gelegt werden in nachfolgenden Art. Unterdessen bekennen wir, daß, was dise Solennität wegen Recognoscirung der Unterschrifften und Sigil zur Zeit des errichten Testaments unterlassen wird, eine Frag von grosser Wichtigkeit seye, ob nicht wegen entzwischen erfolgten Tod der Zeugen, oder wegen deren Unfähigkeit das Testament zerfalle? Welch alles fürwahr wohl ausgeführter zu finden ist bey D. Manz. loc. cit.

Der dritte Articul.

Wiewol ein Testament, wann es durch den Testirer, und sieben redliche Zeugen, gehörter massen gemacht, und aufgerichtet würdet, an ihme selbst, ohne Beyseyn eines Notarii, wann die Zeugen zur Zeit der Eröffnung des Testaments noch bey Leben, und sich zu ihren Insiglen und Handschrifften bekennen, kräfftig ist, weil aber einer, oder mehr Zeugen entzwischen versterben, und deßhalben vil Stritts entstehen möchte, so ist fast nutzlich und rathsam, daß jederzeit ein ordentlicher Notarius darzu gebraucht, und vom Testirer insonderheit erbetten werde, über sein und der Zeugen Fertigung, und den gantzen Act, ein oder mehr Instrument aufzurichten, auch ihme von den Zeugen ihre Handschrifften, und fürgedruckte Signet, solche zu erkennen fürzuhalten, darauf dann der Notarius dem Testirer, auch den Zeugen, jedem insonderheit sein Handschrifft, und fürgedruckt Signet soll fürhalten, ob sie sich darzu bekennen, von ihnen vernemmen, und alles Fleiß verzeichnen, damit er hierüber ein, oder mehr ordentliche Instrumenta machen, und denen, die es von Rechts wegen zu begehren haben, ertheilen könte. Wiewohl auch nicht nothwendig, wann der Notarius also ersucht, und erbetten würdet, daß hierzu sondere Zeugen gebraucht werden, sondern genug ist, daß solches beschehe in Beyseyn der sieben Zeugen, und solcher Erbittung in des Notarii Instrument Meldung beschehe, so mag doch der Notarius aus den sieben Zeugen, oder ausserhalb derselben zweyen ersuchen, und bitten, daß sie dessen, was der Testirer an ihne begehrt, Zeugen seyn wöllen. Wäre aber an einem Ort kein Notarius zu bekommen, mag der Testator die Obrigkeit, es seye Pfleger, Richter, oder Burgermeister, erbitten, welche dann in solchem Fall den Notarium vertretten, und Urkund über die Testament aufrichten mögen.

Summaria.

1. Was Rechtens, wann in der Zeit zwischen errichten und *publicirten testament* die Zeugen sterben, oder undichtig werden, ob das *testament* zerfalle?
2. Ob das *testament* erhalten werden könne, durch ein *Recognitions Instrument*, so zur Zeit des errichten *testaments* aufgerichtet worden?
3. Ob auch der *Notarius* wegen Errichtung solchen *instruments* vom *Testirer* erbetten werden müsse?
4. Was hernach der *Notarius* zu thun habe?
5. Ob der *Recognitions-Act* bey der *testaments*-Errichtung in einer Zeit vor, oder nach der Hand geschehen müsse?
6. Ob auch nöthig seye, daß der *testirer* selbst der Zeugen Signet, und Unterschrifften besichtige?
7. Ob der *Notarius* zu dem *Recognitions-instrument* die *testaments*-Zeugen brauchen könne, oder ob er andere besondere nemmen müsse?
8. Was zu thun, wann kein *Notarius* zu haben ist, ob des Orts Obrigkeit das *Recognitions-instrument* verfassen, und die Stell des *Notarii* vertretten könne?

IN vorhergehenden haben wir gesagt, was für eine Arth erfunden worden, damit aus diser zweyfachen Ursach, wann die Zeugen vor Eröffnung des Testament sterben, oder unfähig werden, das Testament nicht umstossen werde, welche auch diser Articul sonderheitlich approbirt.

1. Nun wird dise Regul gesetzt, daß zwar zu Errichtung eines Testament kein Nota-

Notarius nöthig seye, weil solches giltig ist, wann selbes vor sieben Zeugen nach Innhalt vorgehender 2. Art. in Abwesenheit des Notarii doch rechtmässig errichtet worden. Unterdessen muß der Testirer selbst besorgt seyn, damit nicht nach der Hand, das ist, nach errichten Testament, biß zu dessen Publication, die Zeugen sterben, oder sonst unfähig werden, zumahlen, wann diß geschehete, das Testament nach gemeineren und approbirten Sentenz gäntzlich zerfallete, obwohlen die Rechts-Gelehrte einige Mittel vorschlagen solches aufrecht zu erhalten, so aber sehr gefährlich seynd.

2. Ist also sicherer, daß wir bey der überall angenommenen Gewohnheit verbleiben, Krafft welcher durch ein absonderliches Instrument über die Recognition, wie wir in vorgehenden Articul gesagt haben, gleich zur Zeit des errichten Testaments all disen Beschwerden begegnet wird. Und unser Art. sagt, daß dise Cautel sehr nutzlich seye, und rathet solche eyfrig ein, daß also billig ein jeder Testirer Ursach hat, sich des Durchleuchtigisten Gesatz-Gebers Rath zu bedienen, und solchem zu folgen.

3. Es müssen aber 2. nicht allein die Zeugen besagter massen zum siglen, und unterschreiben besonders beruffen und erbetten seyn, so es erfordert auch der Art. daß der Testirer den Notarium erbitte, er möchte über sein und der Zeugen Expedition, und über den gantzen Testaments-Act ein oder mehr Instrumenta verfertigen. Dann der Notarius ist eine offentliche Persohn, der einem sein Amt nicht angedeyen laßt, er sey dann erbetten und erfordert, und wird ihm kein Glauben beygemessen, ausser über jenes, weßwegen er von denen Partheyen erbetten worden. Rosbach. de Inst. n. 12. Und kan ohne Erbittung unter Privat-Leuthen kein Instrument machen. Wesenbec. in parat. ad tit. de fide Instrum.

4. Nach diser Erbittung 3. ist des Notarii Amt und Verrichtung, daß er sowohl dem Testirer, als Gezeugen, jedem insonderheit seine Unterschrifft, und Signet vorzeige, und jeden befrage, ob sie die ihrige erkennen? Welches wann sie offentlich bekennen, muß solches der Notarius seinem Protocoll fleissig einverleiben, und jenen, denen daran gelegen ist, auf Begehren hierüber ein offentliches Instrument verfassen.

5. Und obwohlen 4. diser Recognitions-Act gemeiniglich in einer Zeit mit der Testaments-Errichtung zu geschehen pflegt, so vermeynen wir doch, daß nichts daran gelegen, daß solcher Act nicht auch nach der Hand geschehen könne. Aus Ursach, weilen die Testaments-Errichtung, und die Recognition der Unterschrifft und Signeten besondere Act seynd. Hindert also nichts, wann solches zur anderen Zeit geschieht, dann wann nach des Testirers Tod erst solcher Act geschehen kan, warum nicht auch in seinen Lebs-Zeiten, absonderlich wann ein Gefahr obhanden ist, daß nicht ein oder der andere Zeug zuvor sterbe, und also das Testament aus Mangel der Recognition zerfalle? Wann man also setzt, daß vom Titio gestern ein Testament rechtmässig gemacht, und ohne Unterbruch, wie es geschehen soll, ohne das ein frembdes Geschafft mit unterloffen, vollbracht worden, so kan heut der Testirer den Notarium und die Testaments-Zeugen neuerlich zusammen beruffen, und den Recognitions-Act auf solche Weiß, wie gesagt worden, besonders expediren, wann nur alle Zeugen noch im Leben seynd, und unter dessen keiner unfähig worden ist.

Zufälliger Weiß wird man fragen, weil unser Articul sagt, es seye des Notarii Amt, daß er nicht allein die Testaments-Zeugen, sondern auch den Testirer selbsten ermahne, die Sigil und Unterschrifften zu recognosciren, ob dises, was den Testirer betrifft, nothwendig seye? Und wir vermeynen, obwohlen diß gemeiniglich zu geschehen pflegt, daß jedoch diß nicht nöthig seye, dann 1. haben wir schon oben gesagt, daß zum Testament des Testirers Sigil noch auch in oder aussenher beschehne Unterschrifft nicht erfordert werde, wann nur der Testirer das gantze Testament eigenhändig geschrieben hat. Hernach 2. wird dem gemeinen Recht nach der Recognitions-Act erst nach des Testirers Tod fürgenommen, zur Zeit, wo das Testament eröffnet wird, wo der Testirer die Recognition nicht mehr fürnemmen kan; Es bestehet also die völlige Substanz dises Acts in der Zeugen Trauen und Glauben, welche, wann sie ihre Sigil und Unterschrifften bestättigen, eben darum ist der Testations-Act sattsam erwiesen. Weil Krafft des vorgehenden Articul die Zeugen in ihrer Unterschrifft ein ausdruckliche Erinnerung thun müssen, daß der Testirer offentlich bekennt habe, daß in dem Libell, so sie unterschrieben und signirt haben, ein letzter Will begriffen seye. 6.

Eine grössere Beschwernuß ist 5. ob der Notarius zum Recognitions-Instrument die Testaments-Zeugen gebrau- 7.

brauchen könne, oder gantz anderen zuziehen müsse? Und es scheint, man müsse sagen, daß man gantz besondere Zeugen brauchen müsse. Aus Ursach, weilen auch der Recognitions-Act gantz besonder ist, es scheint auch, daß die Testaments-Zeugen wegen der Recognition eigner Handschrifften und Sigil als über eigne Sach nicht Zeugenschafft geben können. Und dahero kommt es, daß die Notarii meistens mit anderen zwey Zeugen versehen erscheinen, vor welchen sie machen, daß der Testirer und Zeugen die Recognition ihrer Unterschrifft und Pettschafften verrichten, und errichten hierüber ein Instrument; Aber unser Articul bringt ausdrucklich mit sich, daß nicht nöthig seye, daß zu dem Recognitions-Instrument neue Zeugen gebraucht werden, sondern daß genug seye, zwey aus denen Testaments-Zeugen zu erwählen. Es scheint die Ursach zu seyn, weil niemand mehr eigne Verrichtung wissen, und darüber Zeugschafft geben kan, als jener, der die Sach selbst verrichtet hat, es zeigt sich auch keine Hindernuß, warumen die Testaments-Zeugen nicht zugleich zum Testament machen, und den Recognitions-Act fürzunemmen fähig seyn sollen, obwohlen Cæpoll. bekennt, sicherer zu seyn, wann der Testirer einen Notarium berufft, welcher unter denen Zeugen nicht ist, und solche Zeugen nimmt, welche beym Testament nicht gebraucht worden.

Wann aber 6. am Ort, wo das Testament gemacht wird, kein offentlicher Notarius zu haben ist, so kan der Testirer des Orts Richter oder Obrigkeit erbitten, daß er des Notarii Stell vertrette, und über den Recognitions-Act ein Instrument verfasse. Ja wir setzen sicher bey, daß die Obrigkeit jedes Orts zu disem Act gebraucht werden könne, wann schon am Ort ein Notarius zu haben ist, weil der Obrigkeitliche Glauben nicht geringer seyn soll, als eines offentlichen Notarii, wie wir ein Exempel haben, in 21. Art. 2. Tit. des Gant-Procesſ. Wo die Obrigkeitliche Pfands-Instrumenta denen von Notarien errichten Instrumenten vorgezogen werden. 8.

Der vierte Articul.

Die Form eines Testaments von Mund ausgesprochen, ist dise, daß der Testirer den Nahmen dessen den er zum Erben einsetzt, und was er sonsten im Testament begriffen haben will, vor sieben Zeugen, die oben angezeigter massen beschaffen, und darzu berussen, und gebetten seyn sollen, offentlich und klärlich benennen; Hätte aber der Testirer solchen seinen letzten Willen zuvor aufschreiben lassen, oder liesse ihne in Gegenwärtigkeit der Zeugen verzeichnen, so soll die Schrifft, oder Verzeichnuß offentlich vor den Zeugen wieder abgelesen werden, und der Testirer mit vornemlichen klaren Worten anzeigen, daß solches sein letzter Will und Meynung sey.

Und obwohlen nicht nothwendig, daß ein Notarius darbey seye, sondern die Zeugen hernach durch die Obrigkeit, oder einen Notarium gehört, und über ihre Aussagen offentliche Urkunden ertheilt werden mögen, so ist doch gar nutzlich, einen Notarium zugebrauchen, wegen Versterbung der Zeugen; Es soll auch ein Notarius, da er zu solchen von Mund ausgesprochnen Testamentern, bey Nachts erfordert würdet, Aufmercken haben, daß die Nothdurfft-Liechter im Zimmer, und sonderlich um des Testirers Persohn seyn, er auch den Testirer wohl sehen, und kein Betrug fürgehen möge.

Summaria.

1. Was ein von Mund ausgesprochnes *testament* seye?
2. und 3. Ob die Form eines von Mund ausgesprochnen *testaments* seye, daß der *testirer* den Nahmen des Erben oder den Erben mit lauter Stimm offentlich und klar nenne?
4. und 5. Was unter dem Wort offentlich und durch das Wort klärlich verstanden werde?
6. und 9. Ob auch in dem von Mund ausgesprochnen *testament* sieben Zeugen erfordert werden?

7. Ob

7. Ob sie müssen besonders zusammen beruffen und erbetten seyn?
8. Ob sie in Angesicht des *Testirers* stehen müssen, daß sie einander sehen und hören?
10. und 11. Ob der *Testirer* in dem vom Mund ausgesprochnen *Testament* die Einsetzung des Erben sich auf eine Schriefft beziehend machen könne, oder unter wehrender *Testaments* Machung den Erben offentlich nennen müsse?
12. Ob auch bey einem vom Mund ausgesprochnen *Testament* ein *Notarius* nutzlich gebraucht werden könne?
13. Was der *Notarius* und Zeugen zu beobachten haben, da das *Testament* zu Nacht gemacht wird?
14. Was kürtzlich die Erfordernussen zu einem vom Mund ausgesprochnen *Testament* seyen?

1. In dem ersten Art. ist vom Gesatz-Geber die Form eines schrifftlichen Testaments vorgestellet worden, weilen aber dem gemeinen Recht nach niemand schuldig gewesen, auch noch nicht verbunden ist, seinen letzten Willen schrifftlich zu verfassen, damit nicht die letzte Willen, welche favorabl seynd, zu sehr eingeschränckt werden, weil die lebendige Stimm so vil als die Schrifft vermag, deßwegen ist die zweite Arth mit dem Mund testiren zu können eingeführt worden, weilen die Recht in L. hac consultissima 21. §. per nuncupationem 2. & L. in testam. 26. Cod. de Testam. §. fin. Inst. de testam. ord. & in L. hæredes. 21. in princ. ff. qui testam. fac. poss. dise Erlaubnuß einem jedwederen ertheilt haben, daß einer schrifftlich zu testiren nicht verbunden seye, sonder auch seinen letzten Willen vor denen Zeugen mündlich anzeigen könne. Welche Arth sowohl der Reichs Abschied de An. 1712. rubr. Von Testamenten §. aber die Form, als auch diser unser Art. approbirt, und ein solches wird Ein von Mund ausgesprochenes Testament genennt.

2. Hierzu nun wird erfordert, erstlich, daß der Testirer dessen Nahmen, den er als Erben einsetzt, offentlich und klar mündlich benenne, und ausspreche; diß kommt über eins mit dem L. 21. in princ. ff. qui testam. fac. poss. L. Jubemus 29. vers. quemadmodum Cod. de testam. dann gleichwie das schrifftliche solenne Testament die Schrifft erfordert, also auch wird in dem mündlich ausgesprochnen Testament die mündliche Benennung des Erben erfordert also daß, wann der Testirer vom Schlag getroffen, oder aus einer anderen Ursach nicht reden, und also seinen letzten Willen mit Worten nicht erklären kan, eben darum das Testament nichts ist.

3. Wann aber 2. des Testirers Absehen gewesen, nicht einen allein sonder mehrere Erben einzusetzen, so muß er alle Erben offentlich und klärlich benamsen, dann der aus denen Erben nicht benamst worden, der wird auch als Erb nicht erkennt. L. 21. & 29. ff. & Cod. de testam. Dann wann einer nicht kan Erb seyn, er sey dann sonderheitlich genennt worden, so können noch vil weniger mehrere Erben seyn, wann sie nicht benamst worden.

Doch ist das Wort offentlich nicht also zu verstehen, daß gleichsam des Testirers Willen mit seiner lauten Stimm offentlich müsse ausgeruffen werden, sonder daß er von denen gebrauchten Zeugen gehört werden könne: dict. L. 21. ff. qui testam. fac. poss. 4.

Es ist auch 4. das Wort klärlich nicht also zu verstehen, daß der Testirer behend reden könne, sonder ist genug, wann er villeicht schwach an Kräfften etwas gebrochen redet, und die Wort nicht genug heraus bringt, doch also, daß er von denen Zeugen verstanden werde. L. quoniam 15. Cod. de testam. 5.

Ingleichem 5. werden in einem von Mund ausgesprochnen Testament 7. Zeugen erfordert, wie bey einem solennen schrifftlichen Testament. Aus Ursach, weilen in jedem solchen Testament von einer Substanz gehandlet wird, ist also gleiche Anzahl der Zeugen vonnöthen, L. hac consultissima 21. §. per nuncupationem. 2. L. in testamentis 26. §. ult. Inst. de testam. ord. Recess. Imper. de An. 1512. Rubric. von Testamenten §. die Form. 6.

Welche 6. sonderheitlich auch disem Act beruffen und erbetten seyn müssen, Krafft der ausdrucklichen Wort unsers Art. Die darzu beruffen und gebetten seyn sollen. Dann obwohlen anscheint, daß der Text in L. testamentis 26. ff. de testam. in dem vom Mund ausgesprochnen Testament die Beruff- und Erbettung der Zeugen nicht erfordere, so lassen doch solches die Rechts-Gelehrte gemeiniglich nicht zu Schneidew. ad rubr. de testem. nuncup. n. 1. Wesenbec. in parat. ff. de testam. n. 10. Harprecht §. fin. n. 1. Inst. eodem. Weil der Text in L. 21. §. penult. ff. qui testam. fac. poss. ausdrucklich erfordert, daß die Zeugen zusammen beruffen und erbetten seyn müssen. Der Kayser Justinianus aber in dict. L. 26. allein jene Solemnität nachgesehen habe, daß der Testirer die Zeugen erinneren müsse, aus was Ursach sie zusammen beruffen und erbetten worden seyen. Dann es ist genug, daß diß denen Zeugen sonsten bekannt seye; Und wir zweifflen nicht, daß nicht auch die Wort unsers Art. also zu verstehen seyen. 7.

Und

8. Und obwohlen 7. unser Art. nichts sagt, daß die Zeugen im Gesicht des Testirers seyn müssen, daß sie ihne nicht allein reden hören, sonder auch sehen, so zweifflen wir doch nicht, daß nicht dises auch im vom Mund ausgesprochne Testament höchst nothwendig seye, wie bey einem schrifftlichen solennen Testament, weilen in beyden Fall eben eine Wichtigkeit der Sach, und Sorfallt allem Betrug und Falschheit vorzubiegen obwaltet, also auch gleiche Vorsorgung nöthig ist.

9. Es gezimmt sich auch 8. daß die Zeugen fähig seyen, der Art. braucht die Wort, die obangezeigter massen beschaffen seyn sollen. Das ist, sie sollen tauglich und ohne Einwendung seyn. Dann die bey einem solennen schrifftlichen Testament ausgeschlossen werden, die werden auch bey einem vom Mund ausgesprochnen Testament verworffen. Alles nun, was in dem 2. Art. von Ungiltigkeit der Zeugen verordnet ist, das wird darfür gehalten, hier widerholt zu seyn.

10. Diß aber 9. ist unter denen Rechts-Gelehrten ein grosser Stritt, ob ein Testirer ihn dem vom Mund ausgesprochnen Testament verbunden seye, seinen letzten Willen, und Einsetzung des Erben mündlich zu erklären, oder, ob er solches thun könne sich bewerffend auf einen Zettel, welchen der Testirer zuvor gemacht hat, oder zur Zeit des mündlichen Testaments hat machen lassen? Jedwedere Meynung hat für sich Authores von grosser Wichtigkeit, aber die abschlägige Meynung ist mehrers angenommen, also daß nicht genug ist, wann der Testirer sagt, ich will, daß jener mein Erb seyn soll, welcher in disem Zettel, so in meiner Truchen verschlossen zu finden ist, geschrieben stehet. Die Ursachen und Rechts-Text bringt der Breitte nach bey Casp. Manz. in tract. de testam. tit. 4. sonder es gezimmt sich, daß die Erbs-Einsetzung bey dem Testirungs-Act offentlich ausgesprochen werde. Und obwohlen Mynsingerus ad §. fin. n. 4. Inst. de testam. ord. so streng ist, daß er will, daß der Erb vom Testirer selbsten dem Erben benenne, und kein anderer in seinen Nahmen und aus seinen Befehl, so kommt doch diß mit unserm Art. nicht über eins, welcher ausdrucklich verordnet, daß wann der Testirer, ehe er die Zeugen zusammen beruffete, seinen letzten Willen aufgeschrieben hätte, oder in Gegenwart der Zeugen aufschreiben liessen, und nachgehends solchen offentlich vor denen Zeugen vorlesen lassete, und mit ausdrucklichen Worten bekennete daß diß sein letzter Willen seye, ein solche Erklärung ist genug. Mit diser Verordnung unsers Land-Rechts stimmt ein Musc. comm. opin. lit. T. n. 14. Gran. in decis. Neapol. decis. 62. n. 5. Manz loc. cit. tit. 4. n. 8.

Und diß, was wir bißhero gesagt haben, ist 10. nicht allein zu verstehen von Einsetzung der Erben, sonderen auch von anderen des Testirers Vermächtnussen, als Legaten, Fidei-Commissen, Schanckungen von Todtswegen, dann dise alle müssen entweders vom Testirer von denen Zeugen mit lauter Stimm benennt, oder, wann sie aufgeschrieben seynd, denen Zeugen offentlich verlesen werden. Aus Ursach, weilen wir hier von einem vom Mund ausgesprochnen Testament handlen, und nicht von einem verschlossenen schrifftlichen Testament, dann es muß denen Zeugen offenbar werden, worüber sie seiner Zeit Zeugenschafft geben müssen. 11.

Auf keine Weiß aber 11. ist nöthig, daß zu einem solchen Zettel ein Notarius gebraucht werde, weilen die Krafft des vom Mund ausgesprochnen Testaments von der Zeugschafft der Zeugen, und nicht von des Notarii Instrument abhanget. Gleichwie aber schon oben bey dem 3. Art. gesagt worden, daß wegen zweyfacher Ursach die Gebrauchung des Notarii im schrifftlich solennen Testament sehr nutzlich und rathsam seye; damit nicht wegen Todt-Fall der Zeugen, oder wegen der denenselben überfallenden Unfähigkeit vor Publication des Testaments, das Testament zerfalle, also auch rathet unser Art. ein, daß der Notarius bey einem vom Mund ausgesprochnen Testament zu brauchen seye, weil in solch des Notarii Instrument, obwohlen die Recognition der Unterschrifft und Sigil nicht geschehen kan, doch die Zeugenschafft gegeben werden kan, daß die Zeugen jenes, was der Testirer mit eignen Mund gesagt, oder was aus dem Zettel verlesen worden (welch alles nachgehends zu specificiren ist) sein letzter Will seye, offentlich und klar verstanden haben. 12.

Letztlich wird dem Notario aufgetragen, der zu einem vom Mund ausgesprochnen Testament erbetten worden, genaue Acht zu halten, damit genugsame Liechter im Zimmer seyen, wo das Testament gemacht wird, und sonderheitlich bey der Persohn des Testirers, also daß der Notarius den Testirer sehen, und wohl erkennen, auch erachten kan, daß kein Betrug oder Falschheit unterlauffe. Wie vil aber Liechter nöthig seyen, das sagt der Art. nicht, ist also eben jenes zu beobachten, was bey einem schrifftlichen solennen Testament beobachtet werden muß. Dann bey beyden wird über ein Geschäfft von glei- 13.

gleicher Wichtigkeit gehandlet, und es ist die Beleichtung des Zimmers auch nicht auf gewisse Liechter einzuschräncken, weil auch eines genug seyn kan, daß der Testirer gesehen, und erkennt werden kan. Dann der Art. erfordert nichts, als sattsamme Beleichtung, um den Testirer erkennen zu mögen in beyden Testamenten, sowohl mündlich als schrifftlich womit bestettiget wird, was wir oben gesagt haben, daß zu einem vom Mund ausgesprochnen Testament nicht genug seye, daß die Zeugen den villeicht im Beth Kranck-liegenden haben reden, und seinen letzten Will erklären hören, dann gleichwie ein Notarius Krafft dises Art. verbunden ist, daß er den Testirer sehe, und denselben redent erkönne, also auch, wann der Notarius unterlassen worden, und die Erklärung des letzten Willen, wie solches erlaubt und giltig ist, allein vor Zeugen geschehen, müssen alle und jede Zeugen den gegenwärtigen Testirer vor Augen sehen, seine Reden deutlich verstehen, und deren Innhalt vollständig begreiffen, damit sie zur Zeit der Publication von dessen letzten Willen Rechenschafft geben, und daß kein Betrug unterloffen bezeugen können. Mit einem Wort, was dem zum Testament machen gebrauchten Notario obliegt, das müssen bey Unterlassung desselben die Zeugen beobachten, von deren Aussag zur Zeit der Publication die Krafft des Testaments abhanget.

Geneigter Leser ich will in kurtzem Be- 14.
griff sagen, daß dise Stuck zu einem von Mund ausgesprochnen Testament erfordert werden, daß der Testirer nicht allein die Erbs- oder Affter Erbs-Einsetzung, sonder auch all anderes, was er will, daß in solch seinem Testament begriffen seyn soll, vor 7. rechtmässigen tauglichen und unverwerfflichen zu disem Act sonderheitlich beruffenen und erbettenen Gezeugen, welche bey Vollziehung dises Acts freywillig ohne Zwang, oder Unterbrechung beywohnen, mit lauter Stimm offentlich und klar ohne Substantial-Fehler ausspreche und erkläre, oder schrifftlich durch einen anderen offentlich und klar denen Zeugen verlesen lasse, und er mit deutlichen Worten, so nichts zweiffelhafftiges in sich begreiffen, und nicht mit Zeichen, wie die Buben Schertz-weiß mit einander zu reden pflegen, bestättige, daß diß sein letzter und beständiger Will seye. Welcher Gestalten aber einer solch seinen letzten Willen veränderen und zuruck ruffen könne, wird kurtz hernach folgen.

Der fünffte Articul.

Ob jemand ein Testament, auf eines anderen Anfragen, machen kunte, braucht einen guten Unterschied, nemlichen ob die Persohn, welche testiren will, noch bey gutem, beständigen und gesunden Verstand, ob sie auch aus Anfragen alles unterschiedlich geredt, und ihr Meynung mit mehr Worten erklärt, oder allein auf beschehenes Anfragen, Ja gesagt habe. Dann daß solch Testament giltig seye, würdet vor allem ein guter unverruckter Verstand, als ein wesentlich Hauptstuck erfordert. Kan nun die testirendt Persohn noch darzu also reden, daß sie ihr Meynung unterschiedlich vor den Zeugen mag aussprechen, und auf alles Anfragen, ausführliche verständige Antwort geben, auch die Zeugen selbst erbitten, so ist ihr letzter Will kräfftig, ob sie gleich zuvor, daß sie testiren wöll, nichts gesagt, noch auch etwas aufzeichnen lassen Kunte aber die testirendt Persohn, nicht als klärlich, unterschiedlich, und deutlich reden, sondern sagte allein Ja, oder Nein, oder ja ist es mein Will, so gilt solcher letzter Willen, für ein Testament nicht, es werde dann erwiesen, wie recht ist, daß solche Persohn zuvor, als sie noch wohl reden kunte, ihren letzten Willen aufschreiben lassen, auch begehrt daß man Zeugen erforderen soll, derselben auch alsdann solcher ihr aufgezeichneter Will, in Beysein der Zeugen vorgelesen worden sey, und sie mit dem Wort Ja, doch klärlich und verständlich und williglich ohn alle Beschwerde, jeden Puncten bekräfftiget habe, und wann solches beschieht, seyn solche Testament kräfftig, haben auch die Würckung, daß sie die vorgemachte Testament aufheben. Wäre aber ein solche Persohn, die noch guten unverruckten

Verstand, und dem Todt nicht nahend, allein wegen eines Legats, oder anderen Geschäffts gefragt worden, und sie darauff mit vernehmlichen Worten in Beysein genugsammer Zeugen, Ja gesagt, soll ein solch Geschäfft kräfftig seyn, wann gleich zuvor solches Geschäfft nicht wäre aufgeschrieben, oder verzeichnet worden, noch auch die krancke Persohn von sich selbsten solch Geschäfft, sondern allein erst auf beschehenes Anfragen gethan hätte.

Summaria.

1. Ob ein durch Betrug, oder aus Forcht erpresstes, oder mit Schmeichlen, Bitten erbettletes *Testament* giltig seye?
2. Ob ein Erb mit Zeichen, oder Deuten eingesetzt werden könne?
3. Ob einer auf des anderen Fragen ein *Testament* machen könne? Und, ob nicht hierzu erfordert werde, daß der *Testirer* einen guten beständigen, gesunden Verstand habe?
4. Was Rechtens, wann der *Testirer* auf des anderen Fragen allein Ja gesagt hat, und seine Erklärung nicht klar und deutlich gegeben hat?
5. Ob auch die Erbittung der Zeugen und andere *Solennitäten* eines *solennen Testaments* bey einem *Testament* auf Befragen erforderet werden?
6. Ob nöthig seye, daß der *Testirer* auf Befragen, umständlich erkläre, daß er habe *testiren* wollen, und seinen letzten Willen auf Papier gesetzt habe?
7. Was Rechtens, wann nach verlesner Schrifft der *Testirer* in Gegenwart der Zeugen auf alle *Puncten* dem Fragenden klar antwortet, Ja also will ich 2c. Ob dises *Testament* giltig seye?
8. Ob solch auf Befragen gemachtes *Testament* das vorige aufhebe?
9. Ob auch andere dergleichen Geschäfft als *Legata*, *Fidei-Commiss.* &c. auf Befragen gelten?
10. Ob ein *Legat* oder *Testament*, so von jenem, der nächst beym Todt ist, auf Befragen gemacht worden, giltig seye?
11. Ob die Befragung durch einen *Notari*, oder durch jedwedere Persohn, welche doch nicht Erb ist, geschehen könne?
12. Ob erfordert werde daß der *Testirer* vor der Befragung zu *testiren* in Sinn gehabt habe, und zu solchem Ende den Fragenden sonderheitlich beruffen, und erbetten habe?
13. Ob, gleichwie das vom Mund ausgesprochene *Testament*, also auch ein *solennes* schrifftlich auf Befragen gemachtes *Testament* giltig seye?
14. Was Rechtens, wann der *Testirer* auf Befragen zweiffelhafftig, dunckel und nicht deutlich antwortet?

1. In denen 4. vorgehenden Art. ist nichts anderes hauptsächlich begriffen, als was zu einem solemnen schrifftlich, und zu einem von Mund ausgesprochenen Testament für einige Solennitäten, oder, wie der Reichs-Abschied de An. 1512. redet, zur Form eines Testaments erfordert werden. Weilen aber auch ein Testament aus Mangel des Willens ungiltig seyn kan, und deßwegen nichtminder hätte untersucht werden sollen, ob ein mit Betrug erschlichenes, aus Forcht oder mit Gewalt erzwungenes, mit Schmeichlereyen, siessen Worten, Schanckungen, mit Weinen, oder Bitten, Emratungen, oder in andere Weeg erbettletes Testament giltig seye? Der Durchleuchtigiste Gesatz-Geber hat diß alles, was bey denen Rechts-Gelehrten leichtlich zu finden, unberührter gelassen, und untersucht in disem Art. allein, wie nemlich, und wann die letzte Willen so wohl wegen Einsetzung der Erben, als wegen Vermachung der Legaten, Fidei-Commissen, Schanckungen von Todtswegen, und andere dergleichen Geschäfft auf Befragen der Notarien oder anderer Persohnen giltig seye? Dann so weit ist die menschliche Boßheit kommen, daß jene, welche anderer Erbschafften und Vermachtnussen fangen wollen, die Zeit abwarten, biß jener, um dessen Haut zu thun ist, tödtlich kranck liegt, und kaum mehr reden, und weder ihme oder seiner Gesundheit helffen kan. Alsdann nach versammleten etlichen heimlichen Zeugen lassen sie den Krancken befragen, ob er nicht sein Weib, ihren Mann, dise oder jene milde Stifftung, Befremde Persohn zum Erben, oder für einen Legatorium in diser oder jener Sach einsetzen wolle. Nun wird gefragt, ob, wann der Krancke mit dem Kopf sich neigt, und zum Einwilligen ein Zeichen gibt, oder mit blossen Ja antwortet, solcher letzter Will giltig seye. Uber dise Frag handlen gar schön Jul. Clarus §. Testamentum quæst. 37. Joseph. Ludov. conclus. 59. Menoch. lib. 4. præsumpt. 3. farinac. Consil. 97. per totum Gabr. comm. conclus. lib. 4. conclus. 2. per tot. Vasquius Illust. controv. 101. n. 4. & seq.

Und zwar was die Antwort betrifft, welche der Krancke gibt durch Nickung des Haubts, thut unser Art. nichts resolviren, zweiffels ohne deßwegen, weil an sich selbsten klar ist, daß durch Zeichen un Nickung des Haubts die Erbschafft nicht zustehe. Wesenbec. in parat. n. 6. ff. de hæred. instit. Dann es seynd nur zwey Gattungen zu testiren, nemlich schrifftlich 2.

oder

oder mündlich; Die erstere Gattung erfordert, daß der Erb schrifftlich genennt werde, die andere will, daß der Erb mündlich erklärt werde, und deßwegen werden die Testament letzter Willen benamst, nemlich schrifftliche oder mündliche, dann auf solch beyde Gattungen reden die Leuth miteinander, und nicht mit Wincken und Zeichen, so betrüglich seynd, und also bey Testamenten nicht zugelassen werden.

Wann man einwendet, daß in L. nutu 21. ff. de Legat. 3. ausdrucklich verordnet werde, daß auch ein Fidei-Commiss mit Wincken vermacht werden könne. So antworten wir aus disem Text selbsten, wann jener mit Wincken etwas vermacht, welcher auch reden kan, aber zu selben Zeit wegen Schmertzen zu reden verhindert ist. Welchen Text die Glossa also auslegt, daß zwar ein von Geburt aus stummer Mensch kein Legat oder Fidei-Commiss vermachen könne, wann aber einer nicht reden, doch schreiben kan, doch mit Wincken ein Fidei-Commiss machen könne, verstehe, wann er sein Wincken schrifftlich erklärt. Welche Auslegung zwar sehr hart zu seyn scheinet. Nun mag wegen einem Legat oder Fidei-Commiss die Sach seyn, wie sie wolle, so ist doch gewiß, daß ein Erb mit Wincken nicht kan eingesetzt werden. L. jubemus 29. Cod. de testam. Jason n. 4. tusc. pract. conclus. lit. T. conclus. 132. n. 1. & seq. Welches daß auch in denen privilegirten Testamenten Platz habe, einige behaupten wollen, das ist, in eines Soldatens, eines Vatters unter den Kinderen, und in dem Testament zu milden Stüfftungen. Clar. §. Testamentum. quæst. 8. ad fin. Wir reden hier vom Testament, welches auf Befragen nicht zwar mit Wincken, sonder mit wenig Worten und villeicht mit blossen Ja gemacht worden. Gewiß, wann solches Testament nicht giltig ist, wann nicht all jenes einschlagt, was wir gleich hernach sagen werden, so wird das Testament noch weniger gelten, wann es nur mit blossen Wincken oder Zeichen gemacht worden.

3. Es sagt demnach der Art. daß dise Frag, ob einer auf des anderen Fragen ein Testament machen könne einen grossen Unterschied, und Bescheidenheit leide, und nachfolgende Puncten wohl zu untersuchen seyen 1. ob die Persohn, welche also testiren will, von guten, beständigen und gesunden Verstand seye. Der Art. braucht drey Wort gut, beständig, und gesunden Verstand, um an zu zeigen, daß der Krancke noch vom gesunden und gantzen Verstand seyn müsse. Daß das fürnemste haupt Stuck eines jedwederen letzten Willens ist, daß der Testirer beym Verstand seye. Dann ohne vollständigen Verstand kan auch ein Testament, welches auch mit zierlichisten Worten gemacht worden, nicht gelten, kan also noch weniger gelten, wann es auf Befragen gemacht worden. Clarus §. testamentum, quæst. 37. n. 5. Gabr. comm. conclus. lib. 4. conclus. 2. n. 4. Menoch. lib. 4. præsumpt. 8. n. 9. wo er n. 31. & seq. untersucht, was ein Zweiffel zu sprechen seye, wann des Testirer gesunder Vernunfft nicht handgreifflich erhelet und bekannt ist. Und dahero kommt es, daß die Notarii ihren Testamenten meistens dise Clausel beysetzen, daß der Testirer seinen letzten Willen gemacht habe, da er noch bey gesunden Leib, und völligen Verstand gewesen.

Andertens erfordert der Art. daß fleissig acht zu halten seye, ob der Testirer auf das Fragen des anderen mit mehrern und zerschiedenen Worten geredt, und seine Erklärung deutlich gegeben, oder allein geantwortet habe mit Ja. Im ersten Fall, da der Testirer unterschieden, verständlich und deutlich redet, und unterschiedlich seine Erklärung vor denen Zeugen aussprechen, auslegen, und auf alles Fragen deutlich und gescheid antworten kan, ist sein letzter Will ohneracht, daß solcher auf Befragen des anderen gemacht worden, giltig. Aber in dem anderen Fall, wann der Testirer nur mit einem Wort Ja geantwortet, ein solche Erklärung, so auf Befragen geschehen, ist von keiner Krafft. Aus Ursach, weilen des Testirers Willen vollständig, klar, und deutlich bekannt seyn muß, aus dem Wort Ja oder Nein aber kan sein klarer und deutlicher Willen nicht abgenommen werden. Weilen die Krancke meistens sterblich liegende gute Leuth auf alles gar leicht mit Ja antworten, welche Leichtsinnigkeit, wann sie für eine rechtmässige letzte Willens Erklärung zugelassen wurde, gar leicht denen Betrügereyen und Falschheiten die Thür eröffnete. 4.

Drittens, welches sonderheutlich zu notiren ist, erfordert der Art. daß der Testirer die zum Testament machen beruffene Zeugen er selbst mündlich erbitten könne; aus welcher Verordnung Hand-greifflich erhellet, daß dem auf Befragen gemachten Testament von denen übrigen in obigen Articulen enthaltenen Solennitäten nichts nachgesehen werde. Die Ursach ist an sich selbsten Hand-greifflich, weilen die Frag, wie nachgehends mehrers folgen wird, das Geschäfft verdächtig macht, und deßwegen, da eine grössere Obsicht und Achthaltung nöthig ist, muß darfür gehalten werden, daß von denen übrigen 5.

Solennitäten gar nichts nachgelassen worden. Was nun vorbesagter massen dem Testirer sowohl im schrifftlichen solennen, als ein vom Mund ausgesprochnen Testament wegen Zusammenruffung und Erbittung der Zeugen obliegt, das ist genau zu beobachten, und es wird nichts durch das auf Befragen gemachte Testament auf einigerley Weiß ersetzt, wann schon der Testirer nicht mit dem blossen Wort Ja sonder auch mit mehreren verständlichen Worten seinen Willen erklärt hat. Die Ursach ist klar, weilen, was weniger perfect ist, nicht favorabler seyn kan, als was perfect ist, kan auch dessen Mangl nicht ersetzen. Wir handlen hier hauptsächlich von einem von Mund ausgesprochenen Testament, wo offt vile Fragen denen Krancken gestelt werden, wobey die Erbittung der Zeugen so nothwendig ist, als die mündliche Benennung des Erben und anderen Verordnungen.

6. Daß aber 4. wie andere nothwendig zu seyn erachten, der Testirer zuvor, ehe er über seinen letzten Willen befragt worden, sich sonderheitlich, daß er zu testiren beschlossen gewesen, erklärt, und seinen letzten Willen zusammen geschrieben habe, ein solches verlangt der Art nicht. Aus Ursach, weilen sonsten kaum ein Testament, oder ein letzter Will auf Befragen rechtmässig gemacht werden könnte, weilen meistens solche Testament zu solcher Zeit betrüben werden, wo der Testirer gesund und wolauf ist, sonder wann er gefährlich kranck liegt, wo dessen vollständiger Verstand, und perfecter Willen um so mehr bekannt seyn muß, als grösserer Verdacht der Falschheit und Betrugs obhanden ist. Lese, was bald hernach folgen wird.

7. Wann nun fünfftens die überfallende Kranckheit den Testirer also abgemattet hätte, daß er klar umständlich und ausdrucklich auf die Frag mehr nicht antworten kan als Ja ich will ꝛc. seinen letzten Willen aber schrifftlich verfaßt, oder verfassen lassen, und ausdrucklich begehrt hätte, daß diser sein letzter Will ihme in Gegenwart der zu solchem Geschäfft beruffenen und erbettenen Zeugen vorgelesen werde, so gilt der letzte Will, wann nach Verlesung der Schrifft der Testirer auf alle Puncten mit klaren und deutlichen Worten jedem Fragenden antwortet, Ja also will ich: das ist mein letzter Will, mit wenigen Worten will ich die gantze Sach begreiffen, sagend, daß die gemeine Meynung seye, welche, wie vile Doctores sagen, bey Gerichtern und in Schulen angenommen ist, daß ein auf Befragen gemachtes Testament Regulmässig gelte. Clarus §. Testamentum quæst. 37. n. 2. Gabr. comm. conclus. lib. 4. conclus. 2. per tot. Zas. lib. 1. consil. 3. n. 37. So scheint doch, daß dises unsern Bayrische Statuten völlig zuwider seye, weilen Regul-mässig die Testament, so auf auf Befragen gemacht worden, verdächtig seynd, und scheinet, daß der Durchleuchtigiste Gesatz-Geber auf seiner Räthen einrathen vil mehr Gewalt habe, nach Meynung Ant. faber de error. pragmat. decad. 96. error. 2. eine widrige Regul zu machen, daß ein solches Testament unkräfftig seye, wann nicht all jenes, wovon wir bißhero gered haben, aufs Regele beobachtet worden.

Und ein solches Testament 6. welches mit ihren Erfordernussen auf Befragen rechtmässig gemacht worden, hebt auch das vorige auf. Aus Ursach, weilen niemand mit zwey Testamenten absterben kan. Wann man also setzt, daß ein auf Befragen gemachtes Testament mit allen seinen Erfordernussen und Solennitäten versehen seye, so muß es ja also das letztere das erste aufheben, weilen das letztere das erstere zernichtet. 8.

Was ist aber 7. zu sagen, von denen Legaten Fidei-Commissen, und anderen particular Vermächtnussen? Und unser Art. sagt, daß nach oben erzehlten beobachteten Esfordernussen dergleichen Verordnungen desto mehr gelten, als die Erbs oder Affter-Erbs Einsetzungen. Aus Ursach weilen mehr ist ein Testament machen, als ein particular Legat oder Fidei-Commiss hinterlassen, deme aber, was mehr ist, hinterlassen wird, muß erachtet werden, daß ihme auch, was weniger ist, hinterlassen worden seye. Setzt also gantz recht der Art. daß ein solcher Codicill-Macher bey unverruckten Verstand seyn müsse. Der Articul setzt bey, daß auch ein solcher dem Todt nicht nächst seyn müsse, 10. von welchem Wort zuvor in unsern Art. nichts gemeldet worden, unter dessen ist gewiß, daß, wann von jenem ein Legat, der dem Todt am nächsten ist, auf Befragen vermacht worden, solches nicht gelte, also noch weniger ein Testament gelten müsse. Mit disem Stimmen ein die DD. Clar. loc. tit. n. 3. Gabr. n. 4. Harprecht ad §. fin. n. 6. Inst. de testam. ord. weilen einer, so in Todts-Nöthen ist, einem Todten verglichen wird, und die nächst am Todt seynd, thun gleichsam alles bejahen. Idem Clar. n. 4. & 6. loc. cit. dise eintzige Erfordernuß nun wird bey particular Legaten und Vermächtnussen nachgesehen, welches bey Testament Machungen nöthig ist, daß nicht nöthig seye, daß vom Codicill-Macher zuvor die Legaten und ande-

andere particular Vermächtnussen zusammen geschrieben oder notirt, oder eigenmächtig ausgesprochen worden, sonder ist genug, daß der Codicil-Macher auf Befragen des anderen mit klarer Stimm geantwortet habe mit Ja. Aus welchem folgt, daß das Wincken oder Kopf-Knapen nichts nutze, was immer die Rechts-Gelehrte ex dict. L. nutu 21. ff. de Legat. 3. ausführen wollen. Nun geneigter Leser muß entweders die oben allegirte auslegung der Glossæ angenommen, oder hier unter dem gemeinen Recht, und unsern Land-Recht, welches Handgreifflich verständliche Wort auch bey Vermachung der Particular-Legaten und Fidei-Commissen erfordert, ein Unterschied gemacht werden. Lese was wir jetzt weiters ausführen werden.

diff.

11. Zum Beschluß dises Art. wollen wir nach unserer Gewohnheit wenigen Fragen beysetzen; Die erste ist, ob zur Giltigkeit eines auf Befragen gemachten Testaments erfordert werde, daß die Frag von einem Notario geschehen seye? Und wir antworten, es seye zwar gut, daß die Frag durch einen Notarium gestellt werde, weilen auf ihne wegen offentlichen Glauben mehr zu trauen ist, als auf einen anderen. Muscul. comm. opin. lit. T. n. 10. und aus ihm Manz de testam. tit. 3. quæst. 5. n. 4. doch lassen andere ein jedwederen zu, wannn er nur kein verdächtige Persohn ist, Monach. lib. 4. præsumpt. 8. n. 40. Clar. §. testamentum quæst. 37. n. 3. Gabr. comm. conclus. lib. 4. conclus. 2. n. 16. Peck de testam. conjug. lib. 1. cap. 17. n. 5. wo er auch des Testerers Befreunde Persohn niche ausschliest, es scheint, daß mit disen unser Art. einstimme, der gantz General von denen auf Befragen des anderen gemachten Testamenten redet. Diß aber wäre gar zu verdächtig, wann einer den Testirer fragete, willst mich zu deinen Erben haben? Dann gleichwie niemand in des anderen Testament sich selbsten als einen Erben oder Legatorium schreiben kan, also auch kan solcher sich auch durch Fragen nich eindringen.

12. Die anderte Frag ist, ob jener, welcher den anderen um seinen letzten Willen fragt, vom Testirer solches zu thun sonderheitlich erbetten und bestellt worden seyn müsse: Mant. de conject. ult. volunt. lib. 2. tit. 7. n. 10. antwortet mit Ja, und gibt dise Ursach, weilen, wann jener, der schwer kranck ligt, von einem anderen freywillig gefragt worden, alsdann anscheint, daß eine Einsagung darunter stecke, und wird præsumirt, daß der Fragende vilmehr vom eingesetzten Erben gebraucht worden seye, welches das Testament nichtig macht. Sichard. ad h. 29. n. 7. ff. de testam. Eine andere Ursach gibt Berlich. part. 3. conclus. 6. n. 25. weil zudeme, daß ein auf Befragen gemachtes Testament giltig seye, erfordert wird, daß der Testirer inwillens gewesen zu testiren Wesenbec. in § fin. n. 9. Inst. de testam. Ord. solcher Willen aber wird aus deme abgenommen, wann der Testirer einen Notarium, oder jemand anderen deßwegen beruffen, und gebraucht hat. Zas. lib. 1. consil. 3. n. 37. Und aus ihme Manz. loc. cit n. 22. wo sie erzehlen, daß ein von einem Ertz-Bischoffen auf Befragen des Medici gemachtes Testament von darum für ungiltig erkennt worden, weil der Medicus hierzu nicht erbetten worden. Ob aber diß mit unseren Statuten einstimme, zweifflen wir sehr, weilen unser Art. ausdrucklich sagt, daß ein auf Befragen gemachtes Testament giltig seye, wann schon der Testirer zuvor nichts gesagt hat, daß er ein Testament machen wolle, oder zum Testament machen etwas notirt habe, Krafft der Wort: Ob sie gleich zuvor, daß sie testiren wöll nichts gesagt, noch auch etwas aufzeichnen lassen. Diß wird noch weiters bestättiget in denen letzten Worten des Art. wo er die auf Befragen gemachte Legaten approbirt, wann schon der Krancke zuvor nichts von denen Legaten angezeichnet hat, oder aus sich selbst nichts resolvirt hat, Krafft der Wort: Wann gleich zuvor solches Geschäfft nicht wäre aufgeschrieben, oder verzeichnet worden, noch auch die kranck Persohn von sich selbst solch Geschäfft, sonder allein erst auf beschehnes Anfragen gethan hätte. Es scheint also daß nach unseren Land-Recht auf keine Weiß nöthig seye, daß der Testirer vor der Frag den Willen zu testiren habe, und deßwegen einen Notarinm, oder ein anderen habe beruffen und erbitten müssen, sonder daß genug seye, wann vom Notario, oder einem anderen, der ungefehr darzu kommt, freywillig der Testirer befragt worden, und daß diser oder jener, welcher in die Frag gestelt worden, sein Erb seye, mit klaren und deutlichen Worten geantwortet, und solches vor denen 7. zu disem Act sonderheitlich beruffenen und erbettenen Zeugen bekennt habe. Wann also wir mit der gemeineren Meynung der DD. darfür halten, daß in einem auf Befragen gemachten Testament dem gemeinen Recht nach ein nothwendiges Stuck seye, daß der Testirer vor der Befragung den Willen zu testiren, oder Legata zu machen gehabt und zu solchem Ende den Befrager sonderheitlich

lich beruffen und erbetten habe, so ist abermahlen unter unsern Land-Recht, und dem gemeinen Recht ein Unterschied anzumercken. Uns aber kommt lächerlich vor, daß ein gescheider und gesunder Testirer solle seinen letzten Willen mit Fleiß auf Befragen aussetzen, weil er solchen auf solche Weiß machen kan, die so vilen Beschwernussen nicht unterworffen ist.

13. Drittens wird gefragt, weilen diß alles, was wir bißhero von einem auf Befragen gemachten Testament gesagt haben, hauptsächlich die vom Mund aus gesprochne Testament betrifft, solches auch in denen schrifftlichen solennen Testamenten Platz habe? Und wir antworten, mit Ja, zum Exempel, wann der Testirer seinen letzten Willen zuvor aufgesetzt, und nachgehends von einem anderen befragt worden, ob er solche Schrifft für sein Testament erkenne, und er vor 7. zu solchen beruffenen und erbettenen Zeugen offentlich bekennt, daß solche von ihme selbst geschriebene oder aus seinen Befehl von einem anderen expedirte Schrifft sein letztere Will seye, und die Zeugen bittet, daß sie solche Unterschrifften, und mit ihren Siglen bestättigen möchten, sehen wir nicht, was das Fragen schaden soll, wann sonst alles einschlagt, was zu einem schrifftlichen solennen Testament nöthig ist, dann der Verdacht, welcher unter solchen Frag-Stucken verdeckt ist, wird purgirt, wann all jenes genau beobachtet wird, was unser Art. vorschreibt, das ist, daß der Testirer gesunden Vernunffts gewesen, und auf Befragen klar und deutlich mit unterschiedlichen Worten seine Meynung an Tag gelegt, und die Zeugen um die Schrifft zu unterschreiben, zu besiglen, und zu bezeugen erbetten hat. Dann wann, nachdem diß alles auf seine Arth beobachtet worden, das mündliche Testament giltig ist, also daß wegen Verdacht eines Betrugs oder Falschheit wegen Befragung nicht ungiltig ist; Also kan auch ein schrifftliches Testament, wann alles recht beobachtet worden, wegen dem Befragen allein nicht zerfallen, es mag zum Widerspiel sagen, was immer Matth. de afflictis decis. neap. 143. n. 3. will, weilen unsers Erachtens er allda zu verstehen ist, wann der Testirer von einer ungewissen Schrifft gefragt wurde, und nicht welche er vorhanden hat, und solche für seinen letzten Willen erkennt, und die Zeugen darüber zum Unterschreiben und Siglen erbittet, oder wann er mit einem Wort antwortet, Ja, also und sich nicht mehrer klarer und deutlichen Worten bedienet, welche seinen letzten Willen vollständig auslegen, dann solchen Falls bekennen wir frey, daß solches Testament oder Act unnutz seye. Lese was wir kurtz hernach bey dem sechsten Art. sagen werden.

Die 4. Frag ist, was Rechtens seye, wann der Testirer auf Befragen zweifselhafftig und undeutlich antwortet? 14.
Wir antworten, unter denen gemeinen Testaments-Reglen ist die fürnemste, daß was also geschrieben, daß es nicht kan verstanden werden, so zu achten seye, als wann es nicht geschrieben worden wäre, L. quod tutela §. 3. ff. de R. I. Und so offt nicht erhellet, wer Erb eingesetzt worden, so gilt die Einsetzung nicht, nach Meynung des Modest. in L. 26. ff. de hæred. Instit. wann also die Zweiffelhafftigkeit und Undeutlichkeit in wahren solennen oder mündlichen Testament den Act zernichtet, so macht solche noch mehr das auf Befragen gemachte Testamet nichtig, weilen ja, was einer eigenmächtig redet, solches klärer ausdruckt, als was er durch Antwort auf der anderen Frag redet, welche Frag dem Antworter so klar nicht sein kan, als dessen eigene Wort und Verstand. Es ist also in disem noch zu ersetzen, daß die Testaments Errichtung, so auf Befragen des anderen geschehen, ohne allen Zweiffel und Anstand seyn müsse. Es muß noch vil weniger in der Persohn des Erben, oder Legatorii, oder in der legirten Sach einen Fehler haben, dergleichen Fehler in dergleichen schnellen auf Befragen gemachten Testamenten leichtlich einschleichen. Dann es kan zum Exempel einer mehrere Freund haben eines Nahmens zum Exempel die alle Joannes heissen, wann also der Krancke gefragt wird, ob er seinen Vetter Joannem zum Erben haben wolle, und antwortet, Ja ich will ihne für meinen Erben haben, weilen er sich um mich und die Meinige wohl verdient gemacht hat. Doch nicht klar erhellet, von welchem Joanne er rede, weil er mehrere Freund von solchen Nahmen habe, so kan keiner Erb seyn, wann schon sonsten an Giltigkeit des Testaments nichts abgehet. Vid. Mant. de conject. ult. volunt. tit. 2. n. 15.

Der

Der sechste Articul.

Ein Blinder kan kein Testament in Schrifften machen, sondern er soll es machen in Gestalt eines Testament vom Mund ausgesprochen, in einem oder anderen Weeg, wie in den nächst-vorgehenden zweyen Articuln begriffen ist, mit diser weiteren Zierlichkeit, daß der Testirer nicht nur den Nahmen des Erben, sondern auch was Würden, Stands und Weesens derselbig seye, klärlich anzeige, auch solcher sein letzter Willen, da er zuvor geschrieben, oder erst aufgezeichnet wurde, durch einen Notarium, oder da keiner zu bekommen, durch den achten Zeugen, offentlich abgelesen, und von dem Testirer, daß es also sein rechter letzter Will und Meynung sey, offentlich, und mit vernemmlichen Worten bekennt, und von dem Notario und allen Zeugen unterschrieben, und mit ihren Signeten nicht allein verfertigt, sondern auch damit weiter nichts darzu geschrieben, oder geordnet werden möge, biß zu seiner Zeit verschlossen werde: Es mag auch über solchen gantzen Act, durch den Notarium, wegen Absterben der Zeugen, ein offentlich Instrument, wie vor gemeldt, aufgericht werden; Wollte aber ein Blinder, unter den Kinderen, oder zu milden Wercken testiren, das mag er wohl thun, doch soll auch in solchen gefreyten Testamentern jederzeit ein Zeug mehrer, als in eines anderen letzten Willen, den einer auch unter Kinderen, oder zu milden Wercken gemacht, gebraucht werden.

Summaria.

1. Ob ein Blinder ein *testament* machen könne?
2. Schrifftlich oder allein mündlich?
3. Und vor sieben Zeugen?
4. Auch auf Befragen?
5. Ob er den Nahmen des Erben oder der Erben offentlich sagen, und jedes Würde, und Anzeigungen, wodurch sie von anderen erkennt werden, ausdrucken müsse?
6. Ob er auch *exprimiren* müsse, was und wie vil jeder Erb, und was jeder *Legatarius* haben soll?
7. und 8. Ob nicht in eines Blinden *testament* sonderheitlich nöthig seye, daß ein *Notarius* gebraucht werde, und was dessen Amt seye?
9. Was zu thun, wann kein *Notarius* zu haben, ob dessen Stell der achte Zeug ersetzen könne?
10. Ob in eines Blinden *testament* ein Zeug für den anderen das *testament* unterschreiben und siglen könne?
11. Ob über eines Blinden *testament* der *Notarius* ein *instrument* errichten könne?
12. Ob nicht die in eines Blinden *testamnt* so sorgfältig erforderte *Solennitäten* auch gelassen seyn, wann er unter Kinderen oder zu milden Wercken *testirt*?
13. Wann der blinde Vatter das *testament* eigenhändig geschrieben hat, oder solch von anderen geschriebnes *testament* selbst mit seinen Kinderen unterschrieben hat, ob doch der achte Zeug da seyn müsse?
14. Ob in eines Blinden *testament* zu milden Wercken wider das Geistliche Recht mehrer als zwey Zeugen durch ein *Statutum* erfordert werden können?
15. Wann ein Blinder vor der Obrigkeit *testiren* will, ob diß geschehen müsse mit all erforderlichen *Solennitäten*?

1. Daß ein Blinder dem gemeinen Recht nach, wie zu sehen ist bey Paul. lib. 3. sentent. und jure codicis in L. hac consultissima 8. Cod. qui testam. fac. poss. habe testiren können, ist kein Zweiffel, weilen jedoch der Mangel der Augen eine billige Forcht eines Betrugs einjagt, deßwegen hat Justinianus der Kayser in dict. L. 8. um allen Betrug zu begegnen einige zu beobachten stehende Solennitäten vorgeschrieben, welche in disem unsern Articul genau wiederholt werden, welche wir kürtzlich erzehlen wollen.

Die erste nothwendig Solennität nun ist, daß die blind wordene, oder blind gebohrne ihren letzten Willen von Mund aussprechen sollen, das ist, daß sie nicht schrifftlich sondern mündlich testiren sollen. Aus Ursach, weil ein Blinder von Geburt aus nicht schreiben kan, und also Schrifft zu testiren nicht im Stand ist, wann er aber schreiben kan, weil villeicht er erst blind worden, so kan doch der Blinde leicht fehlen, welchen Fehler er durch Uberlesen nicht besseren kan, oder 2.

 is

es kan anstatt des Blinden Schrifft eine andere unterlegt, und also der Testirer betrogen werden.

3. Die andere Solennität ist, daß er sein mündliches Testament vor sieben zu disem Ende beruffenen Zeugen aussage. Aus Ursach, dann weilen die Anzahl der sieben Zeugen in einem mündlichen Testament wohl sehen, und beleichtet seyn muß, so muß solches noch vilmehr in einem Testament eines Blinden nothwendig seyn. Dann hier handlen wir nicht von Schmälerung der Solennitäten, sondern von deren Vermehrung, wegen der Blindheit, die vilen Fehlern und Falschheiten unterworffen ist.

4. Doch sagt der Art. 3. daß er auf ein oder andere vorbemeldte Arth mündlich testiren könne, das ist, auf Befragen des anderen, oder durch mündliche Erklärung seines letzten Willen, so freywillig und eigenmächtig geschehen ist.

Doch also 4. daß der Testirer nicht allein den Nahmen des Erben, oder die Nahmen der Erben, offentlich sagen solle, sondern deren jedes seine Würde, und Anzeigungen, worinn sie erkennt werden, von anderen, exprimiren müsse, wie Justinianus der Kayser in dict. L. 8. redet, oder wie unser Art. lautet, daß er klärlich anzeige, was **Würden, Stands und Weesens die Erben seyen.** Der Justinianus setzt die Ursach bey, damit nicht die blosse Anzeig der Nahmen, einen Zweiffel mache.

6. Es setzt auch dict. L. 8. bey 5., daß der blinde Testirer auch aussprechen müsse, was und wie vil ein jeder Erb Erben, uud was einen jeden Legatario gegeben werden soll, von welchem zwar unser Articul nichts sagt; Weilen aber diß auch in dem mündlichen Testament derjenigen, welche sehen, erfordert wird, so ist kein Zweiffel, daß nicht diß auch im Testament eines Blinden nothwendig seye.

7. Sonderheitlich aber 6. ist nöthig, daß in eines blinden Testament über die 7. Zeugen auch gebraucht werde ein Notarius, dessen Amt ist, daß, wann des Blinden letzter Will nicht vor schon aufgeschrieben worden, er solchen bey dem Testirungs-Act schrifftlich verfasse, und solche Schrifft denen Zeugen sowohl als dem Testirer vorlese. Die Ursach ist in L. 8. enthalten, weilen leichtlich die menschliche Gebrechlichkeit, so wegen Gedächtnuß des Tods perturbirt wird, weniger in der Gedächtnuß halten kan.

Nachdeme nun 7. denen Zeugen und dem Testirer des Blinden letzter Will vorgelesen worden, ligt dem Testirer ob, daß er mit klaren, und verständlichen Worten offentlich bekenne, daß diß, was schrifftlich verfast und verlesen worden, sein letzter Will seye.

Welchen endlich 8. der Notarius, und die sieben Zeugen unterschreiben, mit ihren Insiglen besiglen, und also unterschriebner und besigleter schliessen müssen, damit nichts biß zur Zeit der Eröffnung beygesetzt, oder davon genommen werden könne. Aus welchem erhellet, daß, obwohlen eines Blinden Testament in der Substanz ein vom Mund ausgesprochnes Testament ist, jedoch schier alle zu einem schrifftlichen solennen Testamenc erforderliche Solennitäten in sich enthalte, als zu dem Ende, damit allem Betrug genau begegnet werde. Welch alles mit dem Innhalt dict. L. 8. schier dem Buchstaben nach über eins kommt. 8.

In dem Fall aber 9., wo kein Notarius zu haben ist, muß der achte Zeug gebraucht werden, der eben dises des Notarii Amt erfüllet, welches Krafft des Texts in dict. L. 8. der Notarius versehen muß, nemlich, daß er des Blinden letzten Willen schrifftlich verfasse, solchen dem Zeugen und dem Testirer vorlesen, und mache, daß selber unterschrieben, und besiglet werde, er selbsten endlich auch solchen nnterschreibe, mitbesigle, und letztlich verschliesse. Und diß ist der Casus, bey welchen auch ein jede Privat-Persohn das Amt eines Notarii ohne ihme zueignende offentliche Authorität versehen kan. 9.

Wir vermeynen, daß doch 10. diß im Testament eines Blinden höchst nothwendig seye, daß kein Zeug für seinen Neben-Zeugen, der villeicht nicht schreiben kan, sich unterschreiben, oder einer für den anderen sein Sigil oder Pettschafft beysetzen könne, obwohlen diß im 1. Articul bey einem solennen schrifftlichen Testament zugelassen wird. Aus Ursach, weilen, wie wir gesagt haben, eines Blinden Testament kein schrifftliches, sondern ein wesentliches vom Mund ausgesprochnes Testament ist; Es kan also jenes nicht, was in einem solennen schrifftlichen Testament an denen Solennitäten nachgesehen ist, auf eines Blinden mündlichen Testament nicht erstreckt werden. In des Blinden Testamens aber wird ausdrucklich erfordert, daß ein Notarius, oder statt dessen der achte Zeug des Blinden mündlichen ausgesprochnen, und schrifftlichen verfasten letzten Willen mit denen 7. Zeugen unterschreibe, und besigle. Und wir vermeynen diß seye Rechtens, nicht allein nach unsern Lnd-Rechten, sondern auch Krafft 10.

des

des Text in L. 8. hac consultissima, wo gesagt wird, es seye, nachdeme des Blinden letzter Willen schrifftlich verfaßt worden, nothwendig, daß der Blinde solchen erkenne, und bekenne, das was verlesen worden, sein letzter Will seye, und das zu Ende sich die Zeugen unterschreiben, und mit dem Notario siglen.

Man wird einwenden, daß ein solennes schrifftliches Testament mehr seye, als eines Blinden mündliches Testament; Wann also in einem schrifftlichen solennen Testament eines Zeugens Unterschrifft und Siglung für den anderen seinen Mit-Zeugen giltig ist, so muß auch solche giltig seyn in eines Blinden Testament; Wir aber wiedersprechen solche Folg; Erstlich weilen in eines Blinden Testament ein grösserer Fleiß, und genauere Beobachtung erfordert wird, als bey einem Testament eines Menschens, der keinen Mangel hat, hernach ist sonderheitlich zu erwegen, daß dise Solennität, welche in eines Blinden mündlichen Testament erfordert wird, gleichsam ausser dem Act des Testirers seye; Diß wird abgenommen aus dem Text dict. L. 8. wo, nachdeme verordnet worden, was zum mündlichen Testirungs-Act nothwendig ist, gesagt wird, daß nachgehends (mercke das Wort nachgehends) den schrifftlichen verfasten letzten Willen erst denen beruffenen Zeugen zum unterschreiben und zum siglen vorgelegt werden soll, als wolte der Articul andeuten, daß diser Act ein äusserliche Solennität seye. Gleichwie nun, wann zu einem äusserlichen Act zwey unterschriebne und besiglete Zeugen erfordert werden. Zum Exempel bey einem Kauff und Verkauff, oder jedwederen anderen Act, einer des anderen Amt nicht versehen, und für solchen nicht unterschreiben noch siglen kan, also, kan auch solches in disem zu eines Blinden Testament erforderten Act nicht geschehen. Weilen gewiß der Testamentern wichtige Materi (wegen welcher die Gesatz-Geber sich so vil bemühet haben, denen Betrügereyen und Falschheit zu begegnen) nicht zulaßt, daß wir von dem Buchstablichen Inhalt des Texts im gemeinen Recht sowohl, als in unsern Land-Recht, welcher des Notarii und der Zeugen eigne Unterschrifften und Sigil erfordert, nur Nagels breit abweichen.

11. Es wird 11. beygesetzt, weilen in eines Blinden mündlichen Testament sich die Zeugen mit dem Notario auf das Papier, worauf des Testirers letzter Will geschrieben worden, unterschreiben, und besiglen müssen; Ob über disen Act das Recognitions-Instrument, wovon wir oben viles gesagt haben, errichtet werden könne, also daß, wann unter der Zeit die Zeugen sterben, oder undichtig werden, des Blinden Testament giltig seye? Die Ursach zu zweiffeln ist, weilen, wie wir gesagt haben, daß vom Blinden gemachte Testament ein mündliches Testament ist, wann schon des Blinden letzter Will schrifftlich verfaßt von denen Zeugen unterschrieben, und besiglet, und zu mehrerer Sicherheit verschlossen worden, weil diser Act mehr ausser Testamentlich ist, als daß er zur Substanz des mündlichen Testaments gehört, dessen doch ohnerachtet, laßt unser Articul ausdrucklich zu, daß der Notarius über den gantzen Act, der, wie wir ausgelegt haben, solenniter vollbracht worden, ein offentliches Instrument machen könne, auf solche Weiß, wie vorgemeldt, das ist, wie im 3. Art. vom schrifftlichen und solenniter gemachten Testament gesagt worden, daß nemlich er jedem Zeugen die Unterschrifft und Besiglung vorzeige, und selbe vernemme, und mit allen Fleiß notire, ob sie ihre Unterschrifften und Sigel erkennen, und daß sie ihnen zugehörig offentlich bekennen; Und diß wird der Recognitions-Act genennt, der ausser Testamentlich ist, weil er verhanden und abseyn kan, wo doch das Testament giltig ist, und hat dise Würckung, daß das Testament wegen erfolgten Tod, oder erfolgter Unfähigkeit der Zeugen nicht zerfalle, wie alles im 3. Articul weitläuffiger ausgelegter zu finden ist.

Endlich 12. wird beygeruckt, ob nemlich dise vom Kayser Justino und unsern Gesatz-Geber so sorgfältig erforderte Solennitäten nicht nachgelassen werden eines Blinden Testament, der unter Kindern, oder zu milden Wercken testirt? Und wir antworten, daß in unsern Art. zwar solche nachgesehen werden, weil in dergleichen privilegirten Testamentern vilmehr die blosse Wahrheit, als die Solennität angesehen wird. cap. cùm esses 10. X. de testam. Und in solchen mehrer das Völcker-Recht, und das Geistliche Recht (Krafft dessen im Mund zweyer oder dreyen jedes Wort bestehet) als die Spitz des gemeinen Rechts in Betracht gezogen werden; So erfordert doch unser Articul zu grösserer Sicherheit ausdrucklich, daß über die Zeugen, welche sonst zum testiren unter Kinder, oder zu milden Wercken nöthig seynd, noch einer vom Blinden gebraucht werde; Weilen also bey jeden privilegirten Testament die Wahrheit und der Willen des Testirers bekannt seyn muß, worzu gleichwie in jeden anderen Act, so juris gentium ist, wenigist zwey Zeugen nöthig 12.

thig seynd, so folgt, daß in eines Blinden unter Kinder oder zu milden Wercken errichten Testament wenigist 3. Zeugen nothwendig gebraucht werden müssen. Welche Solennität weder das Gesatz des Kaysers Justini, nach der Reichs-Abschied de Anno 1512. Rubr. von Testamentern. §. aber zu eines. erfordert. Und dahero die Doctores in §. cæcus autem 4. Inst. quib. non est permiss. fac. testam. eines Blinden unter Kinder oder zu milden Wercken erklärten letzten Willen behaupten, wann schon solcher nur vor zwey Zeugen gemacht worden. Ist also dißfalls unter dem gemeinen und unsern Land-Recht ein Unterschied, welchen wir gewohnter massen anmercken. diff.

13. Wider unsern Willen und Intention müssen wir hier ein und andere Frag beyrucken, und zwar die erste ist, weilen Krafft des 8. Art. ein Testament unter Kindern auch giltig ist ohne Gebrauchung einiger Zeugen absonderlich in zwey Fällen: Wann der Testirer das Testament eigenhändig geschrieben, oder, wann es von einem anderen geschrieben worden, gemacht hat, daß es auch die Kinder unterschrieben haben, obwohl in Testamens eines blinden Vatters, welches er zuvor, ehe er blind worden, eigenhändig geschrieben hat, oder welches von einem anderen geschrieben, und mit seiner Hand Unterschrifft sowohl, als mit der Kinder Unterschrifft bekräfftiget worden, nichts destoweniger noch ein Zeug gebraucht werden müsse? Und wir antworten, es seye ein Unterschied zu machen, dann wann wir reden vom Casu, wie er erzehlt daligt, daß die Verordnung des Vatters unter Kinder vor erfolgter Blindheit rechtmässig geschehen, so ist gewiß, daß wegen erfolgender Blindheit selbes nicht zerfalle, wie dann auch ein Testament auf keine Weiß zerfallet, wann der Testirer nach der Hand in solchen Stand gerathen, in welchem er kein Testament hätte machen können. Zum Exempel, wann er stumm, gehörloß, unsinnig, oder verruckt am Verstand wurde, ist also die gantze Frag nicht von eines Blinden zuvor gemachten Testament, sondern von solchem, welches der Blinde machen und aufrichten will; Dann diser, wann er schon schreiben kan, und das gantze Testament unter Kindern selbst schreibt, oder das von einem anderen aus seinen Willen geschriebene Testament unterschreibt, und macht, daß solches auch die Kinder unterschreiben, muß doch wenigist einen Zeugen hier zu gebrauchen, welcher die Mängel ersetzet, die von Rechts wegen præsummirt werden können, wovon wir in vorgehenden geredt haben, weil kaum möglich ist, daß ein Blinder, obwohlen er aus Gebrauch und Gewohnheit perfect schreiben kan, keinen Fehler mache, und allen Argwohn eines Betrugs und Falschheit verhütte; Und dahero kommt es, daß unser Articul nicht simpliciter auf die Testament, und letzte Willen, welche vor Zeugen erricht worden, gesehen habe, sonst hätte er mit gar wenigen Worten sagen können: Daß eines Blinden Testament unter Kinderen, und zu milden Wercken nicht gelte, wann nicht solches vor drey Zeugen errichtet worden, sondern hat gesehen auf jedwedere andere Arth rechtmässig zu testiren, gleichwie in einem Vätterlichen Testament unter Kindern die Arth zu testiren ist, wann er solches selbst schreibt, oder, wann solches von einem anderen geschrieben worden, er selbst solches und die Kinder unterschreiben und ist wohl bedachtsam beygesetzt worden, daß, wie immer ein privilegirtes Testament giltig gemacht worden, solches in dem Fall, wo der Testirer blind ist, zu Ersetzung des von der Blindheit herstammenden Fehlers noch ein Zeug nöthig seye.

Die andere Frag ist, weilen dem Geistlichen Recht nach ein zu milden Wercken gemachtes, und Krafft des cap. cùm esses. 10. X. de testam. vor zwey Zeugen errichtes Testament giltig ist, es mag deßwegen das gemeine Recht, oder ein widrige Gewohnheit mit sich bringen, was es will, ob auch diß unser Statutum, welches in eines Blinden Testament, so zu milden Wercken errichtet worden, noch einen dritten Zeugen erfordert, für verworffen zu halten seye? 14.
Dise Frag könnte leichtlich aufgelößt werden, wann jener Rechts-Gelehrten Meynung wahr wäre, daß bemeldte Verordnung des cap. cùm esses. 10. allein Platz habe bey Päpstlichen Gerichtern, wie zu sehen ist bey Henr. Zoesio in Cod. ad tit. de testam. Weilen aber der widrige Sentenz fast aller Orten auch in Weltlichen Gerichten observirt wird, Klock. relat. cam. 10. n. 109. und daß von solcher Meynung weder in Raths-Sitzungen, noch bey Gerichtern im Sprechen nicht abzuweichen seye, erklärt Jul. Clarus §. testamentum quæst. 6. ist sich also auf solch gebrechliches Fundament nicht zu verlassen. Wir doch vermeynen standhafft zu seyn, daß in unsern Vatterland eines Blinden Testament, so allein vor zwey Zeugen zu Favor eines milden Wercks gemacht worden, nicht giltig seye, weilen einem Weltlichen Gesatz-Geber durch das Geistliche Recht nicht

nicht kan verbotten werden, daß er nicht aus einer gerechten und vernünfftigen Ursach mehr als zwey Zeugen erforderen könne. Gleichwie die aus Heil. Schrifft in bemeldten Capitul allegirte Stell ausdrucklich redet, daß im Mund zweyer oder dreyer jedes Wort bestehen solle, als hat wollen gesagt werden im Mund zwey oder dreyen, das ist, mehrern: Weilen auch der Papst Alexander selbsten, welcher bemeldtes cap. 10. X. de test. gemacht hat, neben zwey oder (wie selbes disjunctivè redet) drey Zeugen auch die Gegenwart des Pfarrers erfordert, warum nun solten unsere Land-Rechtliche Verordnungen in eines Blinden ohne das gefährlich und so vilen Betrügereyen und Falschheiten unterworffenen Testament neben der ordinari Arth zu testiren nicht noch einen Zeugen haben erforderen können? Uber dise Materi seynd zu lesen die Canonisten ad dict. cap. 10. und absonderlich Covar. ibid. per totum.

15. Die dritte Frag ist, ob, wann der Blinde vor seiner Obrigkeit testiren will, er eben jene Solennitäten brauchen müsse, welche wir bißhero der Länge und Breitte nach ausgelegt haben? Und wir vermeynen, daß zwar dises wahr seye, daß eines Blinden auch vor Obrigkeit oder ad acta errichtetes Testament mündlich seyn müsse, weilen die oben angezogene Ursachen, warum ein Blinder schrifftlich nicht testiren könne, auch bey einem vor Gericht gemachten Testament Platz greiffen. Es muß also ein Blinder vor Obrigkeit oder Gericht erscheinen, und seinen Erben, oder seine Erben mündlich aussprechen, und all übriges thun, was zu Vermachung der Legaten, Fidei-Commissen, oder anderen Particular-Verordnungen im mündlichen Testament bey Erklärung seines letzten Willens erfordert wird. Daß aber zugleich 7. erbettene und erforderte Zeugen, und ein offentlicher Notarius, oder statt dessen der achte Zeug, die das Testament unterschreiben, und mit ihren Siglen besiglen, und, damit nichts beygesetzt, oder darvon genommen werden könne, verschliessen sollen, das ist unsers Erachtens in dem vor Obrigkeit oder ad acta errichten Testament nicht nöthig, weilen des Richters oder Obrigkeit Gegenwart all dergleichen Solennitäten ersetzt, und allen Verdacht eines Betrugs oder Falschheit ausschließt, wann nur der Richter oder die Obrigkeit des Blinden letzten Willen fleissig aufschreibt, das ist, zum Protocoll nimmt, und bey Gerichtlichen Acten sicher aufbehaltet; Da ich noch ein Hoff-Rath ware, weiß ich, daß ein gewisser blinder Edelmann vor dem Hoff-Rath ein mündliches Testament gemacht hat, kan mich aber nicht mehr erinneren, was für Solennitäten zur selben Zeit beobachtet worden, ausser deme, daß der Testirer gemacht hat, daß sein letzter Will in offenen Hoff-Rath verlesen worden, nach welch beschehener Verlesung hat er offentlich bekennt, daß diß sein letzter Will seye, und gebetten, solchen zu behandheben, welche Schrifft sodann mit dem Hoff-Raths Sigil besiglet, und ad acta gelegt worden; Welches nachdeme alles also richtig vollbracht worden, sihe nicht, daß etwas abgehe, was zur Giltigkeit solchen Testaments weiters erfordert werden könnte.

Der sibende Articul.

Die Kriegs-Leuth, so zu Feld, doch nicht im Streitt seyn, die mögen ihr Testament machen vor zweyen Zeugen, wären sie aber in Ubung des Streitts, alsdann mögen sie ihr Testament machen, wie sie immer könnten, ohn alle Zierlichkeit oder Form, als da sie ihren letzten Willen, nur auf ein Scheid, Schild, oder so gar nur in den Staub, daß es möchte gelesen werden, schreiben thäten, derselbig kräfftig und giltig seyn soll. Doch soll ein solch Testament im Krieg gemacht, länger nicht, dann ein Jahr nach beschehener Abdanckung, Krafft haben, auch die Kriegs-Leuth, so nicht in solcher Ubung und Streitt, noch auch im Feld liegen, ihr Testament machen, nach gemeinen Rechten.

Summaria.

1. Ob ein Soldat, der im Lager *testirt*, bey all übrig nachgesehenen *Solennitäten* nichts desto weniger 2. Zeugen brauchen müsse?
2. Ob nicht ein Soldat, der im Stritt begrieffen ist, ohne Zeugen *testiren* könne?
3. Was zu sagen seye von denen Soldaten, welche weder im Lager noch bey der Armee seynd?
4. Ob nicht jene, welche bey Belagerung der Städt seynd, jenen gleich seyen, die in der Schlacht seynd?
5. Ingleichen ob nicht die Soldaten, welche in einer gefährlichen Besatzung seynd, jenen verglichen werden, welche im Lager beym Stritt seynd?
6. und 11. Welche unter dem Wort der Ritter begrieffen seyn?
7. Ob auch jene unter die *privilegirte* Soldaten gerechnet werden, welche bey der Fürstlichen Leib-Garde stehen?
8. Ob ein zu Anfang ungilltiges *testament* durch die blosse *Miliz* bestättiget werde?
9. Ob ein Soldaten *testament* nach ehrlicher Abdanckung noch ein Jahr lang gelte?
10. Welche unter dem Nahmen der Soldaten begriffen seyn, allein die bewaffnete, oder auch die *togati*?
12. Ob auch die Volontier dise Freyheit haben?
13. Warum die jetzige Soldaten würdiger seyen als die alte, und mehrers Freyheiten verdienen?
14. Ob auch die Freyheit Soldaten mässig zu *testiren* haben, die Kauff-Leuth, Metzger, Becken, Schmid 2c.
15. Die *Secretarii, Archiv*-Verwahrer, und ihre Weiber?
16. Item die *Medici*, Prediger, Priester, und Wund-Artzt?
17. Wie weit sich das *Privilegium* eines Soldaten *testaments* erstrecke?

Diser Articul ist hauptsächlich entnommen worden aus dem Reichs-Abschied de Anno 1512. von Ordnung der Notarien. Rubr. von Testamentern. §. und sollen die Notarien. Und obwohlen wir in dem gemeinen Recht gantze Titul in codice und digestis, auch institutis von Testamentern der Soldaten haben, und von derselben Freyheiten ihre letzte Willen zu erklären, weilen aber viles aus solchen veraltet, deßwegen wollen wir in dem Schrancken unsers Articuls verbleiben, der einen dreyfachen Unterschied macht, ob nemlich der Soldat ein Testament mache, da er im Lager ist, oder 2. wann er ein Testament macht im währenden Streitt, und endlich 3. wann er ein Testament macht, weder im Lager noch im Streitt. In dem ersten Fall, wann der Soldat im Lager testirt, das ist: wo ein Ritter testirt, der zu Feld, und doch nicht im Streitt wäre. So werden einem solchen zwar die Testaments-Solennitäten nachgesehen, ist doch indessen nothwendig, daß er wenigist zwey Zeugen gebrauche, aus Ursach, weilen er solchen Falls Zeugen haben kan. Damit nun die Wahrheit und dessen Willen bekannt seye, so erfordert die natürliche Billigkeit, daß zwey Zeugen verhanden seyn, dann es ist ein anderes die Testaments-Solennitäten nachsehen, und ein anderes nachsehen die Prob der Wahrheit und des Willens.

1.

2. Und obwohlen (was die Soldaten und Ritter, die in Ubung des Streitts seyn, betrifft) vor altem ein Zweiffel gewesen, ob nicht gleichfalls eben aus diser Ursach sie nicht zwar zur Solennität des Soldatischen Testaments, sondern zur Prob der Wahrheit und des Willens zwey Zeugen gebrauchen müssen, weil sich das Soldaten-Testament wenigist in dem Völcker-Recht besteiffen muß, welches bey jedem Act zwey oder drey Zeugen erfordert, Krafft des L. Divus Trajanus. 24. ff. de milit. testam. Wo gesagt wird, daß der Kayser rescribirt habe, wann der verstorbene Soldat, um dessen Verlassenschafft die Red ist, nach zusammen beruffenen Leuthen, das ist, gebrauchten Zeugen, seinen Willen erklärt, und klar angezeigt hat, wer sein Erb seyn soll, und wem er ein Legat vermache, daß dise Erklärung für ein mündliches Testament gehalten werden, und dessen Willen giltig seyn solle. Damit nicht sonsten der Soldat anscheine, daß er vilmehr ihme des anderen guten Willen zu verschaffen, und sich wohl daran zu machen, als ein Testament mit Ernst zu machen. Weilen aber præsummirt wird, daß niemand schertze, wann man in der Schlacht begrieffen, deßwegen thut unser Articul mit dem Reichs-Abschied de Anno 1512. mit bessern Grund keinen Zeugen, sondern ein jedwederes Zeichen des Willens erforderen, daß, wann der Soldat, wie unser Articul sagt, seinen Erben allein auf die Gegenscheid, oder auf den Schild geschrieben, oder gekratzt, oder allein in Staub oder Koth also notirt, daß er kan gelesen werden, daß dessen Testament oder letzter Willen kräfftig und giltig seyn müsse. vid. Andlerus in medul. Juris. de testam. milit. n. 2.

3. Was die dritte Gattung der Soldaten betrifft, die weder in Ubung des Streites, noch im Feld seynd, sondern anderstwo ihr Brod in der Ruhe genüssen, disen stehet gar kein Privilegium zu, sondern

dern müssen dem gemeinen Recht nach testiren, Krafft des Reichs-Abschieds und desselben Wort: Jedoch die Ritter, so nicht in solcher Ubung und Streitt, noch auch zu Feld liegen, sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten machen. Mit welchem unser Articul gantz über eins kommt. Unter welche auch zu zehlen seynd, die in Festungen, und Gränitzen liegen, weilen sie wahrhafft nicht allzeit im streitten seynd, sondern zu Zeiten vile Jahr den Frieden geniessen, und zwischen den Mauren sich wohl seyn lassen.

4. Unsers Erachtens doch ist ein so anderes hier zu beobachten, erstlich daß jene, welche bey Belagerung der Städt seynd, jenen gleich gealten werden müssen, welche im Feld streitten, weil sie in der That ihr Ort beobachten, und alle Augenblick zum Streitt bereit stehen müssen. Idem Andlerus loc. cit. n. 1.

5. Das andere ist, daß die Soldaten, welche in einer gefährlichen Besatzung seynd, wo sie Tag und Nacht gleichsam gespannen stehen, und des Feinds List beobachten müssen, jenen gleich gehalten werden müssen, welche im Lager und Streitt seynd, und also, was wir zuvor von denen in Besatzung liegenden Soldaten gesagt haben, ist allein von solchen zu verstehen, welche zu Friedens-Zeiten vilmehr als emeriti in Festungen, und anderen Städten unterhalten, als daß sie einer Gefahr ausgesetzt werden.

6. Drittens, obwohlen der Reichs-Abschied de Anno 1712. generaliter von Rittern redet, so begreifft doch dises Wort jene nicht in sich, welche nur dem Titul nach Ritter seynd, sondern, wie im Sprichwort gesagt wird, welche in Lager oder Schlacht keinen todten Hund gesehen, welche nur Titul Ritter genennt werden, und zwar gantz recht, weil man sie allzeit gantz aufgeblassen finden wird, welche Duaren. ad tit. de test. mil. cap. 2. & 3. einbilderische Ritter nennet.

Man wird einwenden, daß die Verordnung des Kaysers Maximiliani de Anno 1512. simpelhin von den Ritteren rede, welcher Nahmen allein denen adelichen Persohnen zustehet: Wir antworten, daß unser Articul generaliter von den Kriegs-Leuthen rede, und unter dem Nahmen der Ritter all jene einschliesse, die Ritterlich fechten, und sich Ritterlich halten. Mynſ. ad rubr. Inst. hoc tit. n. 4. & in responſ. suis. decad. 1. resp. 46. n. 9. Gail. 2. obſ. 118. n. 1. & seq. Arom. disput. 7. exercit. 8.

7. Noch vil weniger 4. seynd dises Privilegii würdig, welche mit dem Fürsten, und dessen Famili als ordinari Leib-Garde allzeit zu Hauß bleiben, die Hatschier, Carbiner, Trabanten, Einspänniger, und dergleichen, so nicht in Krieg kommen.

Doch ist auch diß zuzulassen, daß, wann einer ein Testament gemacht hat, ehe er Soldat wurde, solches nicht gelte, als ein rechtmässiges Testament, wann solches anfänglich nicht giltig gewesen zu seyn erfunden wird; Weil das blosse Soldaten Leben solches nicht bestättiget, wann selbes nicht vom Soldaten im Streitt eröffnet, verändert, oder vermehrt, oder vermindert, oder etwas solches gemacht worden, woraus sein neuer letzter Will kan abgenommen werden, daß er solches für ein Soldaten in Streitt errichtetes Testament habe haben wollen. Hunnius ad. §. sed, etsi quis 4. Inst. de test. milit. Wann aber des Soldatens neuer Willen durch ein neues Factum, Zeichen, und Erklärung bekannt ist, so gilt zwar das Testament nicht aber Krafft des alten, sondern Krafft des völlig neuen Willen, wie sagt Ostermannus. ad §. sed etsi quis 4. Inst. de testam. milit. 8.

Es dauret aber das Privilegium eines Soldaten Testament allein so lang, als lang einer im Streitt ist, dann, wann einer einen ehrlichen Abschied erhalten hat, so weicht auch dise Freyheit, weilen auch dessen Ursach weicht, doch also, daß der Entlaßne ein gantzes Jahr hat, inner welchem er nach dem gemeinen Recht ein anderes Testament machen kan, hat er diß nicht gethan, so stirbt er ohne Testament ab. Aus Ursach, weilen das Privilegium, welches wegen einer Ursach ertheilt worden, wann solche nicht mehr obwaltet, auch weichen muß; Und weilen diß abermahlen eine besondere Soldaten Freyheit ist, daß sein Testament nach der Entlassung noch ein gantzes Jahr daure, so wird es billig auf die ehrlich Entlassene eingeschränckt, weilen, welche wegen Ausreissung oder wegen eines anderen Verbrechen schmächlich entlassen werden, keines Privilegii würdig seynd. DD. ad §. sed hactenus 3. Inst. de test. milit. 9.

Nun folgen einige sehr kurtze Fragen, 10.
die erste ist, welche unter dem Nahmen der Soldaten in disem Articul begrieffen seyn? Und wir antworten, allein die bewaffnete Soldaten, das ist, welche als Soldaten eingeschrieben, und zum Fahnen geschworen haben. Welches heut zu Tag die gemeine Arth ist die Soldaten zu werben. Vor altem ware nöthig, daß die Soldaten mit einem Schwerd, und Kupel umgeben wurde. L. 25. L. 38. L. penult. ff. de test. milit. oder ihnen auf den Armen ein Zeichen gemacht wurde; Worüber zu lesen ist. Damhaud. in prax. crim. cap.

cap. 83. & Treutler 4. disp. 10. §. 6. litt. B. Aus welchem folgt 1. daß die milites togati, wie da seynd die Geistliche, oder die Gelehrte, dise Freyheit nicht haben; Dann unter anderen Ursachen, warumen denen bewaffneten Soldaten dises vortreffliche Privilegium ertheilt worden, zehlt der Kayser Justinianus Inst. de test. milit. die überflüssige Unwissenheit des Rechts: Es wäre aber gar zu schmächlich jenen Soldaten (welche vult. in princ. tit. de test. milit. einbilderische Brieff-Ritter nennet) die Unwissenheit des Rechts vorzuschutzen. Es hindert auch nichts, wann man sagt, daß die milites togati die Freyheit der Bonorum castrensium haben; Dann hierauf wird geantwortet, daß dise Freyheit der Sach gegeben worden seye, und nicht der Persohn. Gleichwie nun ein bewaffneter Soldat ausser des Streitts über die Bona castrensia dem gemeinen Recht nach testiren muß, also müssen auch solcher Gestalten testiren die milites togati. Weilen sie allzeit ausser des Streitts seyn.

11. Folgt 2. daß die goldene Ritter S. Georgii vom goldenen Fluß im Burgund, die Englische Ritter, die Ritter S. Stephani in der Insul Rhodis, die Malteser, Spanische, und Teutsch Ordens-Ritter und andere, die zwar Soldaten seynd, aber da und dorten in fetten Commenturn sitzen, und mehr sich zu ersättigen als Waffen Sorg haben, wann sie nicht im Krieg seynd, dises Privilegium nicht geniessen können. Duaren. cap. 2. & 3. ad hunc tit. Rosenthal de feud. cap. 6. quæst. 54. Folgt 3. daß noch weniger feurende Gart-Soldaten, welche hin und her wie die Mörder umschweben, und in Dörffern und Einöden Hennen, Gänß, Aenten wegfangen, und die Bauern armseelig plagen, die Gart- und Herrnlosen Knecht. Dises Privilegii würdig seyn; Folgt 4. daß auch jene dise Freyheit nicht zu geniessen haben, welche ausser dem Vatterland in jedwederen ungerechten Krieg um grössere Besoldung dienen, dergleichen sonderheitlich unsere teutsche Soldaten seynd, welche ihr Blut dem Meist Biettenden feil machen, Mynf. 5. respons. 46. n. 11.

12. Ein grössere Beschwernuß ist 5. ob die Volontier dise Freyheit haben, das ist, welche von eignen Mittlen leben, und streitten, und unter die Zahl der Soldaten nicht gezehlt werden, auch keine Pflichten ablegen? Wir vermeynen, daß dise zweyerley seyen, einige, welche die Kriegs-Kunst erlehrnen, und ihnen ein Ehr machen wollen, und sich unter ein gewisses Regiment begeben, und andere, die niemand untergeben seyn wollen, und vilmehr das Absehen zum Beut machen, als zum streitten haben, insgemein die Teutsche Frey-Beuter, von den ersten ist jener gewesen, der unter des Carls des Fünfftens Armee, da er sein Lager seinen confœderirten Schmalcaldiern bey Ingolstadt entgegen setzete, als ein Volontier sich tapffer haltete, daß er bey mehreren Einbrüchen niemahlen ohne Beut zuruck kame, welchen Carolus, der den Streittenden öffters gesehen hat, zu sich beruffen, und beschenckt, auch unter anderen befragt hat, wer sein Herr seye, deme er, weil er von eignen Mittlen lebete, und keinen Sold empfangete, geantwortet; Ich bin mein Herr; Carolus aber hat lächerlich entgegen gesetzt, so ist wohl dein Herr ein Narr. Uns kommt vor nicht recht zu seyn, daß dergleichen um Ehr streittenden Volontier die Freyheit Soldatlich zu testiren in so weit aus der Ursach benommen seyn soll, weil sie nicht in Pflichten stehen, und unter der Anzahl der Soldaten nicht gezehlt werden; Was die andere Gattung der Volontier betrifft, die nur zum beuten sich unter die Soldaten machen, und sowohl im Vatterland, als anderen Freunds-Länderen, als in Freunds-Land ohne Respect sich vor anderen hervor thun, und Bund über Egg fort müssen, und Beut machen, dise seynd keiner Gnad würdig, und seynd mehr für Rauber als für Soldaten zu halten.

Es seynd zwar 6. einige, welche wollen, daß die Soldaten unserer Zeit dise Freyheit nicht haben, wann sie nicht im Streitt seynd wider die Türcken. vid. Besold. part. 1. consil. Ingol. 5. n. 130. Andere doch lassen diß auf keine Weiß zu. Gail. 2. obs. n. 128. & Græv. conclus. pract. lib. 2. conclus. 118. Wo er mehrere citirt, ja, daß die jetzige Soldaten würdiger als die alte seyen, und die ihnen gegebne Freyheit besser verdienen, schreibt gantz wohl Burger. cent. 1. observ. milit. 41. Die Ursach ist an sich selbsten klar, weil die jetzige Arth zu kriegen schärffer und gefährlicher ist, weil vor altem ein starcker Mann seine Stärcke, und Krafft mit der Hand hat zeigen, und ihm eine Ehr machen können, jetzt aber, nachdeme das Geschoß erfunden worden, wird ein jeder auch der Stärckiste mit einem eintzigen Kügele erschossen, daß also unsere Soldaten um so mehr die Freyheit ein Soldaten-Testament zu machen verdienen, weil sie dem ungewissen Tod mehrers ausgesetzt seynd, als die alte Soldaten, die sich auf ihre Stärcke und Tapfferkeit verlassen haben. 13.

Die

14. Die andere Frag ist, was von anderen Leuthen zu sagen seye, die sich im Lager einfinden, wie da seynd die Marckendänter, Proviant-Führer, Becken, Metzger, und Schmid, und dergleichen, welche die Armee nicht entbehren kan? Und wir antworten, dise haben die Freyheit Soldaten mässig zu testiren nicht. Aus Ursach, weil dise Freyheit nicht dem Krieg sondern denen Soldaten gegeben worden, wann sich also einer dieser Freyheit bedienen will, muß er ein Soldat seyn, und ist nicht genug, daß er im Krieg Gewinns halber seye. Diß ist abzunehmen aus dem Text in L. scriniaria 16. Cod. de test. milit. Dann die Schatzmeister seynd, welche der Fürsten und grossen Potentaten Schatz-Kästen unter Handen haben, deren einige Stataria, und
15. einige Feld-Cassen genennt werden, die erstere seynd, worinnen die alte Brieffschafften, Documenten, zur Zier des Hauß, des Stands, oder Reichs gehörig aufbehalten werden; Gemeiniglich werden sie Archiv genennt; Die Feld oder Reiß-Cassen seynd, welchem mit dem Fürsten, absonderlich wann selber in Krieg ziehet, mitgeführt werden, in welchen die Fürstl. Brieffschafften, das ist, wie in L. 19. Cod. de fid. Instrum. L. 4. & L. 11. Cod. de prox. sacr. scrin. lib. 12. & L. 2. Cod. de privil. cor. qui in sacr. palat. enthalten ist, die Memorialien, Supplicationes, Brieff, Rechnungen und anderen Verordnungen aufbehalten werden. Disen nun werden unterschiedliche Beamte vorgesetzt, als die Secretarii, Archivarii, das ist, Bewahrer der Documenten, Expeditores, Schreiber, mit einem Wort die Cantzley-Bediente. Dise alle, obwohlen sie dem gemeinen Recht nach, was sie im Krieg erworben, das Privilegium peculii castrensis haben, haben doch die Freyheit Soldaten mässig zu testiren nicht. Krafft des L. scriniarios 16. Cod. de testam. milit. & L. jus castrensis 6. Cod. de castrens. pecul. Obwohlen andere einen anderen Unterschied machen, und sich dises Unterschieds bedienen, ob dergleichen Leuth in feindlichen oder freundlichen Land stehen, also daß im ersten Fall Krafft des Text in L. praescripta principum 44. ff. de test. milit. Soldatisch testiren können, im anderen
16. Fall aber nicht; Denen seynd auch beyzuzehlen die Medici, Barbier und Wund-Artzt, Feld-Prediger, Priester, absonderlich, wann sie sich in keine Gefahr geben, wie doch nöthig ist, daß sie in der Schlacht gegenwärtig seyn, die Wanckende trösten, die Verwundete verbinden, und mit all Geistlichen und Weltlichen Mittlen denenselben begegnen. Noch weniger aber haben dise Freyheit Soldatisch zu testiren der Officieren rechte und Kebs-Weiber, oder andere Dienerschafft, welche sie in grosser Anzahl mit sich schleppen, noch die gemeine Soldaten Weiber, wann sie schon mit ihren Männern im Lager seynd, weil sie vilmehr ein Hindernuß als Zierde des Kriegs seynd, und dise Freyheiten, wie wir gesagt haben, nicht dem Krieg, sondern denen tapffer streittenden Soldaten gegeben werden, wann man nicht ein und andere Heldin ausnemmen will, welche in fürgewesten unsern Kriegen sich unterstanden haben, die Waffen zu ergreiffen, und männlich zu streitten.

Die dritte Frag ist, wie weit sich dise 17.
Freyheit Soldatisch testiren zu dörffen erstrecke? Und wir sagen 1. es seye eine Regul, welche wir oben schon gesetzt haben, daß allein das Völcker-Recht, und die Wahrheit anzusehen seye, und keine Solennität erfordert werde, und dahero ist ungeschickt, daß einige Krafft des L. Divus Trajanus 24. ff. de milit. test. die Erbittung der Zeugen erforderen Clarus §. testamentum quaest. 58. Weil solche Erbittung nichts als eine blosse Solennität ist, welcher die Soldaten enthoben seynd, und des Kaysers Wort allda nichts als eine Erzehlung und kein Befehl seynd. 2. kan ein Soldat testiren, wann er schon an seinem Stand zweifflet. L. militari 11. §. 1. ff. de milit. test. 3. kan ein Vatter seine Kinder umgehen, welche zu haben er weißt. L. idem est. 23. §. & deportati. 2. ff. eod. 4. kan ein Deportirter als Erb eingesetzt werden. loc. cit. 5. kan einer die querelam inofficiosi testamenti ausschliessen, da er die Kinder enterbt, absterben zum Theil mit und ohne Testament, wann er will, ja auch mit zwey Testamentern. 6. einen Erben auf eine Zeit, und aus einer Zeit einsetzen, L. miles 22. ff. eod. 7. jenen Affter-Erben beygesellen, welche Erben gewesen; Und 8. sein Testament von der Falcidia und Trebellianica befreyen. Uber welch alles zu lesen seynd die DD. ad dict. tit. Cod. & ff. de test. milit. Weil wir nicht gemeynt seyn, dises, so zur heutigen Zeit sehr zweiffelhafftig ist, mit mehrern auszulegen.

 Der

Der achte Articul.

DEr Aelteren Ordnung, wie es ihrer Güther halben zwischen ihren Eheleiblichen Kinderen soll gehalten werden, erforderen kein sondere Zierlichkeit, sondern wann sie ein Testament machen wöllen, welches aus der Erb-Satzung erscheint, mögen sie es thun, erstlich schrifftlich, in Beyseyn zweyer Zeugen, die solch Testament unterschreiben, und fertigen, da sie aber keine Zeugen darzu gebrauchen, sollen sie ihren letzten Willen mit eignen Händen deutlich und klärlich schriben, oder da sie denselben durch einen anderen schreiben liessen, durch die Kinder unterschreiben lassen. Wann sie aber nicht schrifftlich, sondern nur mündlich testiren wöllen, ist auch genug, daß sie ihren letzten Willen, in Beyseyn zweyer Zeugen erklären, und ist in beyden Fällen nicht nöthig, daß die Zeugen hierzu insonderheit erfordert, oder Manns-Persohnen seyn müssen.

Wären aber die Kinder nicht zu Erben eingesetzt, so soll der Elteren letzter Will gelten, als ein Codicill, oder Theilung unter den Kinderen, so weit daß keinem sein Noth-Gebührnuß, zu latein Legitima, geschmälert werde. Doch seyn solche Testament, und letzte Willen der Elteren, die mit diser sonderbaren Freyheit aufgericht, und gemacht, alleinig giltig, so vil der Kinder Persohn betrifft, dann wofern einer anderen Persohn etwas darin verordnet, das hat nicht Krafft. Es wäre dann die Codicill Clausel darinn begriffen, und so vil Zeugen darbey geweßt, als vil zu einem Codicill am selbigen Ort genug seyn.

Hätten aber die Elteren zuvor ein zierlich ordentlich Testament in Beyseyn sieben Zeugen aufgericht, so mag daselbst anderst nicht wider abgethan werden, dann auch wieder durch ein ordentlich, zierlich, und vollkommen Testament, oder durch Widerruffung, oder Cassirung, nach Innhalt des hernach folgenden 15. Articuls.

Summaria.

1. Welcher Gestalten das *Testament* der Eltern unter Kinderen befreyet seye?
2. Ob ein Vätterliches *Testament* nur vor zweyen Zeugen gemacht giltig seye?
3. Ob des Vatters mündliches *Testament* vor zwey Zeugen gemacht werden könne?
4. Ob die Zusammenruff- und Erbittung, item die Unterschrifft und Siglung der Zeugen erfordert werde?
5. Ob die Weiber als Zeugen in Vätterlichen *Testament* unter Kindern seyn können?
6. Wann der Vatter das *Testament* eigenhändig geschrieben hat, oder selbes durch einen anderen schreiben lassen, was erfordert werde?
7. Was Rechtens, wann widersprochen wird, daß es die Vätterliche Handschrifft seye?
8. Wann des *Testirers* Schrifft erkanntlich ist, ob nicht die Zeugen und der *Notarius* umsonst gebraucht werde?
9. Ob dises *Privilegium* unter Kindern zu *testiren* Vatter und Mutter zustehe?
10. Ob dise denen Eltern zustehende Freyheit sich auch auf natürliche Kinder erstrecke?
11. Item auf die *legitimirte*
12. Ob die Söhn in der Eltern *Testament* als Erben eingesetzt werden müssen, und wann diß nicht geschehen, das *Testament* von Rechtswegen nichtig seye?
13. Wann der Eltern *Testament* unter Kinderen als ein *Testament* nicht gelten kan, ob solches als ein *Codicill* gelte, wann schon die *Codicillar Clausul* ausgelassen worden?
14. Ob ein Enterbter, oder umgangener Sohn des Vatters *Testament* anfechten könne?
15. Und 16. Ob die Kinder im *Testament* oder *Codicill* der Elteren zu gleichen Theilen müssen als Erb eingesetz werden?
17. Ob die Freyheit unter Kinderen zu *testiren* sich auch auf die Encklen erstrecke?
18. Ob die Unterschrifft der Kinder im Vätterlichen *Testament* genug seye, oder ob auch erfordert werde, daß der Vatter auch sich eigenhändig unterschrieben habe?
19. Ob des Vatters letzteres *privilegirtes Testament* unter Kinderen das erste *Solenniter* gemachte *testament* umstosse?
20. Was Rechtens, wann im ersten *Testament* ein fremder Erb eingesetzt worden, in dem andern *privilegirten* aber der Sohn?
21. Wann in dem Vätterlichen *Testament* unter Kindern ein fremde Persohn eingemischt wird, ob nicht, was solche Persohn betrifft, das *Testament* nichtig seye, was aber die Kinder betrifft, gelte?

In

In dem vorhergehenden Art. haben wir einen Casum gehabt, von einem mit zierlichen und privilegirten Testament', nemlich von einen Soldaten Testament, nun schreiten unsere Land-Recht zu der anderen eben so privilegirten Gattung eines letzten Willens, nemlich zu denen Verordnungen der Eltern Unter-Kinderen.

1. Vor allem nun præsupponirt unser Art. daß denen Elteren frey stehe, unter denen Kindern schrifftlich oder mündlich testiren zu können. Aus Ursach, weilen diß jedem erlaubt ist, warum also nicht auch denen Eltern unter ihren Kinderen. 2. können die Eltern, wann sie wollen, unter ihren Kinderen ein zierliches Testament machen, das ist, mittelst Beobachtung aller dem gemeinen Recht nach sowohl im schrifftlichen als mündlichen Testament erforderlichen Solennitäten. 3. Stehet auch in der Elteren freyen Willen, wann sie lieber ein Codicill machen wollen, als ein Testament unter denen Kinderen, daß sie solches frey machen, und ihre Güther durch ein Codicill unter den Kinderen vertheilen können. Entlich 4. wann sie kein zierlich schrifftlich, oder mündliches Testament zu machen verlangen, ist ihnen erlaubt, ihren letzten Willen unter den Kinderen gleichsam mit blossen Willen, welcher sich im Völcker-Recht gründet, zu erklären; welch alles aus unsern Art. klar erhellet, obwohlen solches anscheint, daß unter den DD. ein Stritt hierüber seye, wie wir nachgehends sehen werden. Und absonderlich von disem privilegirten Testament unter Kinderen handlet unser Art. und schreibt zweyerley Arthen für, mittelst deren ein Testament der Eltern unter Kinderen ohne alle Solennität giltig und kräfftig ist. Gantz ähnlich dem Text in L. hac consultissima 21. Cod. de testam. und beyden Auth. quòd sine: & hoc inter Cod. eodem.

2. Die erste Arth ist, daß ein Testament der Elteren vor 2. Zeugen gemacht werde, And. Gail. 2. obs. 112. n. 1. aus Ursach, weilen im Mund Zweyer alles Wort bestehet, und in einem nicht perfecten Testament unter Kinderen kein solennität, sonder der blosse Will, und das Völcker Recht geachtet wird (obwohlen anscheint, das im Weeg stehe L. qui à patre 3. ff. de confirm. tut. wo gesagt wird, daß ein im Vätterlichen Testament gegebner Vormunder bestättiget werden müsse, welches ja nicht nöthig wäre, wann des Vatters nicht perfectes Testament unter Kinderen geltete) so wollen sie doch gemeiniglich, daß diser Text ff. durch den Text in L. Constantini inter omnes 26. Cod. famil. Hercisc. & L. Theodosii hac consultissima 21. corrigirt und verbessert worden seye.

Und jenes, was von zwey Zeugen gesagt worden, hat auch Platz im mündlichen Testament, dann, obwohlen einige bey Jul. Clar. §. Testamentum quæst. 11. fachin. controv. lib. 4. cap. 2. und bey Ant. Fabro de error. pragm. decad. 36. error. 3. 4. & 5. vor Altem vermeynt haben, daß L. Theodosii allein vom schrifftlich zierlichen Testament zu verstehen seye, so halten doch die neuere das Widerspiel, wie zu sehen ist eben bey Jul. Claro loc. cit. und bey Hartm. Pistor. lib. 1. quæst. 2. n. 9. welchen Sentenz unser Art. §. Wann sie aber ausdrucklich bestättiget. 3.

Andertens hat es Platz, wann die Zeugen schon hierzu nicht sonderheitlich berufsen und erbetten worden, noch des Vatters Testament unterschrieben, oder besiglet haben: Weil die Beruff- und Erbittung, Unterschrifft und Siglung nur als ein Solennität oder Testament erfordere werden, in eines Vatters mündlichen Testament unter Kindern aber wird nur die Wahrheit, und kein Solennität angesehen. Mit disem stimmt ein der Art. in vers. Und ist in beyden Fällen nicht nöthig, daß die Zeugen hierzu insonderheit erfordert werden. vid. Gail. loc. cit. n. 4. Jos. Ludov. conclus. 63. n. 5. 4.

Weiters und drittens hat diß Platz, wann schon Weiber zu Zeugen gebraucht worden, dann obwohlen sie in zierlichen Testamenten verworffen werden, weilen jedoch deren Zeugenschafften in Geschäfften, wo nur auf die Wahrheit der Sachen, und nicht auf die Solennität des Acts gesehen wird, zugelassen werden, so können sie im Vätterlichen Testament unter Kindern, welches von aller Solennität frey ist, nicht verstossen werden, welches unsern Art. conform ist. Idem Gail. loc. cit. n. 6. Cævall. in apin. comm. cont. comm. quæst. 220. n. & quæst. 700. n. 9. 5.

Die andere Arth ist, wann die Eltern gar keine Zeugen gebrauchen, sonder ihren letzten Willen schrifftlich erklären. Dann solchen Falls wird ein weiterer Unterschied gemacht, ob nemlich der Vatter das gantze Testament, oder Verordnung unter Kinderen eigenhändig geschrieben, oder besorgt habe, daß solches durch einen anderen geschrieben worden. Im erstem Fall, wann die Verordnung völlig mit Vätterlicher Hand geschrieben worden, ist selbe giltig, wann sie aber durch einen anderen geschrieben worden, so erfordert der Art. die Unterschrifft der Kinder. Aus welchem einige Zweiffel entstehen. 6.

Der

7. Der erste ist, was Rechtens seye, wann widersprochen wird, daß diß die Vätterliche Hand-Schrifft seye? Wie wir oben schon gesagt haben, daß eine gebrechliche Prob seye durch eigne Handschrifft, solches kaum anderst als durch Gegeneinander-Haltung der Buchstaben probirt werden kan. Die Prob aber durch Gegeneinander-Haltung der Schrifften eben auch gefährlich ist, weilen, wie wir dort erwehnet haben, vile boßhaffte Leuth seynd, die anderer Schrifften nachzumachen sich befleissen, also daß zu Zeiten man besser ein Ey vom anderen, als dergleichen nachgemachte Schrifften auseinander erkennen kan. Und dahero kommt es, daß die DD. wollen, daß eines Vatters geschriebnes Testament unter Kindern nicht gelte, wann nicht solcher vor einem Notario und Zeugen zuvor gelesen und publicirt worden. Welches fürwahr unsern Art. nicht conform ist; Dann, wann der Vatter bey Erklärung seines letzten Willens, oder Verordnung unter Kindern noch einen Notari und Zeugen nöthig hat, so wäre fürwahr ungeschickt, wann er mit eigner Hand-Schrifft testirte, weilen ohne solche, und ohne Gebrauch eines Notarii und vor zweyen Zeugen errichte Testament unter Kinderen giltig ist. Vid. Fachin. lib. 4. controv. cap. 1. per tot. Wo er des Cujacii und anderer widrige Meynung erzehlt, welche doch weder er noch andere neuere zu lassen, weilen aber unser Art. wie wir schon zuvor gesagt haben, daß vom Testirer mit eigner Hand völlig geschriebne Testament für giltig erkennt, deßwegen ist des Notarii und Zeugen Authoritát zum Vorlesen und Publiciren nicht nöthig. Unterdessen, wann unter den Kindern wegen Vätterlicher Handschrifft ein Zweiffel und Stritt entstehet, ist gewiß daß eine weitere Prob erfordert werde, entweders über den Vätterlichen Willen, oder über die Wahrheit der Vätterlichen Handschrifft wir wollen klärer reden, entweders muß der Vätterliche Will, nachdeme die Handschrifft in zweiffel gezogen worden, auf eine andere Weiß probirt werden, oder die Schrifft, daß es des Testirers eigne Handschrifft seye, mit Zeugen oder andere dem Richter erkleckliche Beweißthum dargethan werden, wie dann auch in anderen Sachen die Gegeneinander-Haltung der Schrifften, welche Ludovic. Gilhausen in Arbit. Jud. civ. cap. 6. part. 10. den letzten Trost die Wahrheit zu erforschen nennet, auf seine Arth zugelassen wird, wann sie gerecht, giltig, rechtmässig, und ohne Ausnahm ist, worüber zu lesen ist Speckan cent. 3. class. 3. quæst. 14.

8. Der ander Zweiffel ist, wann der Testirer seinen letzten Willen unter Kinderen eigenhändig geschrieben hat, nichtsdestoweniger doch zu grösserer Sicherheit und Giltigkeit einen Notari und Zeugen beruffen lassen, zum Vorlesen und Publiciren, unterdessen doch, ehe der Notarius und Zeugen gekommen, gestorben, ob solches Testament gelte? Und wir antworten mit Ja, wann des Testirers Handschrifft bekannt ist, und solche die Kinder nicht Widersprechen können. Aus Ursach, weilen besagter massen allein die blosse Wahrheit angesehen wird, und wann des Testirers Handschrifft erkanntlich ist, so seynd die Zeugen und Notarius, als ein äusserliche Solennitát nicht mehr nöthig. Gail. loc. cit. n. 14. Myns. 5. obs. 28. n. 4. Pet. Gilken in L. hac. consultissima 21. §. ex imperfecto n. 27. Ant. Gabr. Fackin. Controv. Jur. lib. 4. cap. 4. vers. cæterum.

Der dritte Zweiffel ist, ob dise Freyheit unter Kinder zu testiren denen Elteren beyden Geschlechts zustehet? Und wir antworten mit Ja, weil unser Art. allzeit in mehreren Zahl von Elteren redet, vom Testament der Elteren rc. Item. doch seynd solche Testament, und letzte Willen der Eltern rc. Item hätten aber die Eltern. Dise Verordnung ist conform. dem Text in L. 21. §. ex imperfecto Cod. de testam dann obwohlen L. constantini. inter omnes 26. Cod. famil. Hercisc. scheinet, daß es allein vom Vatter rede, so wird doch in dict. §. ex imperfecto. ausdrucklich verordnet, daß der Eltern beyden Geschlecht letzter Will, so in einem nicht perfecten Testament enthalten ist, giltig seye; Aus Ursach, weil diß theils zum Nutzen der Kinder, theils aber zu Erhaltung des Respects, welchen die Kinder den Elteren schuldig seynd, welcher ja bey Vatter und Mutter gleich seyn muß, also eingeführt worden ist. 9.

Der 4. Zweiffel ist ob dise denen Elteren gestattete Freyheit sich auch auf die natürliche Kinder erstrecke? Und wir antworten, daß in dem 39. Titul der Chur-Bayrischen Land-Recht 2. und 3. Art. zwar mit mehrerem enthalten, was von denen Eltern beyden Geschlechts denen natürlichen Kindern hinterlassen werden könne, wie wir solches allda weitläuffiger auslegen werden; nichts aber wird in disem oder in bemelten beyden Art. des 39. Titul gesagt, ob jenes, was denen natürlichen Kinderen kan hinterlassen werden, müsse mit schuldigen Solennitäten hinterlassen werden, oder ob die Vermächtnuß auch aus einen nicht perfecten Testament giltig seye? Gemeiniglich zwar machen die DD. einen Unterschied zwischen dem Vatter und der Mutter, und behaupten, daß zwar der Mutter nicht perfectes Testament, was die natürliche 10.

Kin-

Kinder betrifft, Krafft des Text in L. 21. Cod. de testam. giltig seye, das Vätterliche aber ziehen sie sehr in Zweiffel, aus Ursach, von welcher wir an seinem Ort mehrers reden werden, weilen die natürliche Kinder zur Mütterlichen Erbschafft leichter als zur Vätterlichen zugelassen werden, weilen aber in bemelten 39. Titul der Eltern beyden Geschlechts Gewalt denen natürlichen Kindern etwas zu hinterlassen in gewisse Schrancken gesetzt worden, so kommt uns jener Unterschied unnutzlich vor, welchen einige dem gemeinen Recht nach unter beyden Geschlecht machen; Weilen nach unsern Land-Recht allein die Frag zu untersuchen ist, ob jeder Theil der Eltern sich der Freyheit mit einem nicht perfecten Testament unter natirlichen Kindern in denen Theilen, welche sie ihnen vermachen können, zu testiren bedienen können? So antworten wir mit Nein, unser Ursach ist, weilen, obwohlen in dergleichen Kindern die Recht des Geblüts obwalten, in Ansehung deren die Solennitäten denen Eltern nachgesehen worden, jedoch, indeme ihre Erb-Nehmung in Verfolg der unerlaubten Generation in unseren Statuten so wohl mit als ohne Testament sehr gehässig ist, wie wir mit mehrern sehen werden bey den 39. Titul, wir keines Wegs sehen, daß die Freyheit, welche denen Eltern für die eheliche und rechtmässig erzeigte Kinder gegeben, worden, auf die Uneheliche erstreckt werden könne. Vid. And. Gaib. loc. cit. n. 18. fachin. dict. controv. lib. 4. cap. 3. Gilken ad dict. L. 21. §. ex imperfecto n. 28. Cod. de testam. Weilen sonsten, wann ein Gesatz von einem Sohn redet, allzeit verstanden wird, daß die Red von einem ehelich gebohrnen Sohn seye. L. filium eum esse definimus. ff. qui sunt sui vel alien. Jur.

11. Der 5te Zweiffel ist, was von denen Legitimirten oder ehelich gemachten Kindern zu sagen seye, welche sonsten die Rechts-Gelehrte zu der Eltern beyden Geschlechts Testamenten, wann sie auch privilegirt seynd, von welchen hier die Red ist, gantz gern zulassen. Vid. Clarus §. testamentum quæst. 12. n. 3. Gail. loc. cit. n. 22. Fachin. loc. cit. cap. 3. vers. 3. vers. sed. contraria. Wovon wir dict. tit. 39. handlen werden, weilen auch in unsern Bayrischen Statuten die legitimirte Kinder sehr gehässig angesehen werden, wann man jene ausnimmt, welche durch nachfolgende Ehe legitimirt worden, welche Ehe all vorgehende Macul auslöscht, und den Sohn oder Tochter, so aus unehelichen Beyschlaff gebohren, denen anderen Kindern in allem gleich macht. Gail. 2. obs. 141. per tot.

Der sechste Zweiffel ist, ob die Kinder in der Eltern nicht perfecten Testament als Erben honorabili titulo institutionis eingesetzt werden müssen, also daß, wann solches nicht geschehen ist, auch der Eltern nicht perfectes Testament von Rechtswegen nichtig seye? Lese, was wir bey dem 5. Art. des 36. Tit. gesagt haben. Hier antworten wir kürtzlichen, in Conformität des vorgehenden, daß denen Eltern frey stehe, unter denen Kinderen ein Testament oder Codicill zu machen, und ihre Güther unter selbe durch einen univelsal, oder particular Titul zu vertheilen. Es ist also nach Verordnung unsers Art. zu sehen, ob der Testirer habe ein Testament oder Codicill machen wollen? Welches nach Innhalt der Wort unsers Art. aus deme abzunemmen ist, ob er ein Erb-Einsetzung gemacht habe, oder nicht: Dann, wann ein Erb-Einsetzung gemacht worden, so erhellet ja, daß er hat ein Testament machen wollen. Dann in einem Testament wird der Erb eingesetzt, nicht aber in einem Codicill; Wann aber von der Erb-Einsetzung nichts gemeldet worden, so wird darfür gehalten, daß er ein Codicill mache. Und obwohlen zu solchen jeden Act nur zwey Zeugen, oder des Vatters oder Mutters eigenhändige Schrifft, und der Kinder eigne Hand-Unterschrifft, wie kurtz zuvor ausgelegt worden, erfordert wird, und also anscheint, daß hierunter kein grosse Beschwehrnuß begriffen: doch 12.

Ist für den 7. Zweiffel zu setzen, daß die Rechts-Gelehrte in disem eine Difficultet machen, ob, wann erhellet, daß die Eltern haben ein Testament machen wollen, und doch die Einsetzung der Kinder für Erben unterlassen haben. nichtsdesto weniger solche Verordnung, die als ein Testament nicht gelten kan, als ein Codicill gelte, wann schon die Codiciller Clausul, daß solches auf alle Weeg und Weiß, wie es seyn kan, gelten müsse, nicht beygesetzt worden? Obwohlen nun mehrere widriger Meynung seynd, wie zu sehen ist bey Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 31. n. 16. Gabr. lib. sent. 4. de testam. conclus. 5. n. 6. Cævall. in tract. comm. opin. cont. comm. quæst. 147. so verordnet doch unser Art. daß nichts destoweniger solche Verordnung, welche als ein Testament nicht gelten kan, als ein Codicill gelte. Welches auch approbirt Gail. loc. cit. n. 2. zumahlen darfür gehalten wird, daß solchem privilegirten Testament die Codicillar Clausul einverleibt seye, für welche gemeinere Meynung streittet Gabr. loc. cit. n. 6. Cæval. cit. quæst. 147. 13.

Aus welchem auch der 8 Zweiffel folgt, daß, wann ein Sohn in solchem Testament enterbet, oder umgegangen worden, solches 14.

ches nicht quærelliren könne, obwohlen ihm die Klag um sein Nothgebühr bevorstehet Ant. Faber loc. cit. decad. 6. error. 4. & 5. wie wir an seinem Ort sehen werden.

15. Ein grösserer Zweiffel ist. 9. ob die Kinder in der Eltern nicht perfecten Testament müssen in gleichen Portionen eingesetzt werden? Dise Frag wird hin und wieder disputirt: Dann einige seynd, welche denen Elteren die Freyheit unter Kinderen mittelst eines nicht perfecten Testament zu testiren absprechen, wann die Kinder nicht in gleichen Portionen eingesetzt werden; Aus Ursach, weilen die Ungleichheit ein Pflantz-Schul der Uneinigkeit ist, und also das Gesatz der Natur anscheint, die Eltern zur Gleichheit anzuhalten, L. inter filios 11. Cod. famil. Hercis. auth. in successione Cod. de suis & Legit. und dise Meynung behauptet Franc. viv. Neapol. decis. 407. wo er erzehlt, daß also gesprochen worden seye. Cathman consil. 6. per tot. und das für disen Sentenz von etlichen berühmten Juristen Facultäten die Meynung ausgefallen, sagt vult. in consil. Marpurg. vol. 1. consil. 29. n. 107. wo er meldt, daß dise Meynung der natürlichen Billigkeit, und dem gemeinen Recht hauptsächlich conform seye. Das Widerspiel hat D. Gail. loc. cit. n. 23. & 24. fachin. cit. lib. 4. cap. 2. andere machen den dritten Sentenz, und setzen einen Unterschied, ob eine grosse oder kleine Ungleichheit unterloffen? In dem erstem Fall, lassen sie der Eltern unperfectes Testament nicht zu, in dem anderen Fall aber vermeynen sie, es seye zu gedulten, vid. Jul. Clarus §. testamentum. quæst. 14. n. 8. wir halten darfür, daß in Krafft unsers Art. der ersten Meynung Beyfall zu geben seye; Dann der Art. sagt, daß, wann die Eltern kein Testament machen, sonder ihre Mittl allein durch ein Codicill unter den Kinderen vertheilen wollen, solches ihnen gar wohl erlaubt seye, wann nur keinem der Kinder die Nothgebühr verletzt werde. Der Art. also præsupponirt, daß, wann einer aus der Eltern unperfecten Testament sein Nothgebühr erlangt, das Testament gelte. Obwohlen solches sonst ungleich ist. Zum Exempel, wann man setzt, der Titius habe zwey Söhn, welcher einem in unperfecten Testament sein Nothgebühr veracht, so der dritte Theil der Güther ist, dem anderen Sohn aber die übrige zwey Drittel: Dises unperfecte Testament ist nach unsern Land-Recht giltig, obwohlen ein grosser Unterschied unter disen Brüdern obwaltet, weil der andere zwey Drittel, und der erst nur 1. Drittel, bekommt. Ist also simpliciter zu sagen, daß die zwischen Kinder beobachtete Ungleichheit kein sattsamme Ursach seye, der Eltern unperfecte Testament umzustossen; Welches auch Fachin mit Ursachen und Rechts-Texten beleget, den gemeinen Rechten Conform zu seyn, daß also hier kein Unterschied anzusetzen ist.

Wann man sagt, daß für den 10. Zweiffel unser Art. vom der Eltern unperfecten Codicill rede, und nicht vom unperfecten Testament: so antworten wir, daß in beyden eins seye: dann gleichwie die Nothgebühr in den Codicillen nicht gemindert werden könne, also auch um so weniger in Testamenten, und gleichwie mit der ihme in Codicill vermachten Nothgebühr zufrieden seyn muß, also noch vilmehr muß er zufrieden seyn, wann ihme solche in Testament honorabili Institutionis titulo verlassen wird, daß also jenes, was wegen der Ungleichheit von denen Rechts-Gelehrten in Disput gezogen wird, weder in Testament, noch im unperfecten Codicill Platz haben kan: gantz recht sagt Fachin. loc. cit. daß dises wegen der Ungleichheit gemachte Gedicht weder in L. Constantini, noch in L. Theodosii zu finden seye, was kan also in Ansehung dessen vil Zweiffel obhanden seyn, ob der Eltern letzter Will durch ein Testament oder Codicill erklärt worden? Oder was für eine Freyheit können die Eltern unter Kindern ohne Solennität zu testiren haben, wann sie auf solche Weiß testiren müssen, wie ohne Testament die Erbschafft denen Kindern zufalle, nemlich zu gleichen Theilen? 16.

Der letzte und hauptsächlichiste Zweiffel ist nicht von Gleichhaltung der Kinder, so gleichen Grads seynd, was die Portion der Vätterlichen oder Mütterlichen Erbschafft betrifft, sonder was den näheren Grad belangt, wann zum Exempel die Söhn ersten Grads mit denen Encklen anstehen, oder wann die Encklen allein ohne Kinder ersten Grads verhanden seynd, von diser Frag haben wir sattsam geredt in semicent. 1. controv. 37. n. 11. & seq. wohin wir den Leser anweisen, nur diß beysetzend, weilen die Doctores offt bemelte Freyheit unperfect unter Kindern zu testiren allein auf die Söhn und Töchter ersten Grads einschrancken wollen, daß solches noch weniger Platz habe, wann ein ohne Kinder Verstorbner unter denen Ascendenten ersten, oder weiters Grads durch dise der Eltern befreyte Arth ohne alle Solennität seinen letzten Willen erklären wolte. Obwohlen Clarus §. Testamentum quæst. 12. n. 6. ansteht; Der geneigte Leser wird loc. cit. semicent. auch jene Frag aufgelöster finden, ob heut zu Tag noch nöthig seye, daß der Vatter 17.

oder

oder Mutter, so schreiben können, eigenhändig die Zeit der Kinder Nahmen, und was sie ihnen vermachen, ausdrucken müssen? Wie in der Auth. quod sinè Cod. de testam. verordnet ist. Und obwohlen alldort aus denen beygebrachten Ursachen darfür gehalten, daß dises überflüssig seye, weil unser Art. von diser Solennität nichts
18. meldet, so ist uns doch jederzeit der Zweifsel geblieben, ob nicht in Testament unter Kinderen in Fall, da die Eltern solches nicht gantz eigenhändig geschrieben haben, sonder die Kinder unterschreiben lassen, aufs wenigist deren Unterschrifft mit eigner Hand nöthig seye? Wovon unser Art. lediglich nichts sagt. Gewiß, wann die Kinder, welche das Vätterliche Testament oder Mütterliche von einem anderen geschriebne Testament unterschrieben haben, in vogtbahren Jahren das ist Majorenn seynd, und ihre wissentliche und wohl überlegter Weiß beschehne Unterschrifften erkennen, so haben wir keinen Zweiffel mehr, daß nicht ein solcher der Eltern erkennter Willen dem Völcker Recht nach giltig seyn müsse, ist auch nicht zu fragen oder zu disputiren wegen benamsung der Kinder und des Tags, weilen anscheint, daß der Kinder Unterschrifft die in dict. auth. quod sinè vorgeschriebne Form ersetze; Wir haben doch allzeit denen, so unter Kindern testiren wollen, gerathen, daß auch sie, welche die Kinder unterschreiben machen, den von einem anderen geschriebnen letzten Willen mit eigner Hand unterschreiben und bekennen sollen, daß diß ihr letzter Will seye; Dann uns kommt vor, gleichsam gewiß zu seyn, daß diß unsers Art. Absehen gewesen, obwohlen die ausdruckliche Wort nicht einstimmen. Ich will in kurtzen Begriff sagen: Unser Art. stellt vor ein dopplete Arth zu testiren unter Kindern schrifftlich, und mündlich, durch Zeugen, und eigne Handschrifft. Was die Zeugen betrifft, ist die Sach an sich selbsten klar, daß die Wahrheit im Mund Zweyer oder Dreyer bestehe: wegen Bekanntnuß eigner Handschrifft leidet die Sach grössere Difficultät, und scheint unser Art. mache in deme einen Unterschied, ob das Vätterliche Testament völlig mit eigner Hand geschrieben, oder von einem andern zu Papier gebracht, und von den Eltern unterschrieben worden. In dem ersten Casu wird der Kinder Unterschrifft nicht erfordert, weil præsumirt wird, daß der Eltern Will satsam erklärt seye, wan solcher völlig mit eigner Hand geschrieben worden. In dem anderen Casu aber, wann der letzte Will nur unterschrieben worden, weil der Art. daß auch die Kinder unterschreiben, und solchen Willen approbiren, damit, was dem erklärten Willen abgehet, solches durch der Kinder Einwilligung ersetzt werde, welches weiter zu untersuchen, wir anderen überlassen. Dann uns kommt vor sehr hart zu seyn, daß eine fremde Handschrifft den Willen in sich enthalten könne, welcher weder von Eltern geschrieben noch unterschrieben, sonder allein von denen Kindern eigenhändig approbirt ist, dann wie leicht könnte geschehen, daß die Kinder selbst unter ihnen wegen Abtheilung der Erbschafft ohne Wissen der Eltern zusammen kommen, und den Willen unterschreiben; gewiß, uns kommt ungereimt, wo nicht ungerecht vor, solcher Schrifft einen testamentlichen Glauben beyzumessen, in welcher vom Vätterlichen Willen kein Buchstab erhellet; Mir ist einstens der Casus widerfahren, daß ein Vatter, der zwey Töchtern gehabt hat, in einer Schrifft von eigner Hand selbe als Erben in ungleichen Theilen hat haben wollen, welche nach dem Todt dessen erfundene Schrifft die Schwester, welche den grösseren Theil der Erbschafft erhalten hätte, für ein rechtmässiges Testament unter Kindern defendirt, zumahlen die andere Schwester des Vatters Handschrifft nicht hat laugnen können, weilen aber die an der Seithen der Schrifft beygesetzte Verbesserungen klar zeigeten, daß des Vatters Willen nicht perfect gewesen, der mehrers testiren wollen, als daß er mit einem Testament gestorben, so habe ich denen Schwestern gerathen, daß sie die Erbschafft gleich abtheilen solten, welches ich auch ohne allen Zweiffel rathen wurde, wann eine allein von denen Kindern unterschriebne Schrifft vorgezeigt wurde, welche von des Vatters Willen, weder durch die völlige eigenhändige Schrifft, noch durch die Unterschrifft nichts enthaltete. Dann in jedwedern privilegirten Testament muß die Wahrheit, welche Krafft des Völcker-Rechts erfordert wird, verhanden seyn. vid. fachin. loc. cit. lib. 4. cap. 4.

Was ist aber Rechtens, wann die Eltern 19.
zuvor ein zierliches entweders schrifftliches oder mündliches Testament vor beruffenen und erbettenen Zeugen gemacht haben, und nachgehends unperfect unter Kindern testiren, wird wohl das erste durch das letzte Testament umgestossen, und der Art. antwortet mit Nein, aus Ursach, weilen ein zierlich gemachtes Testament nicht anderst als durch ein anderes zierlich gemachtes Testament aufgehoben werden kan, oder durch Widerruffung oder Cassation des ersteren, worüber wir reden werden in 15. Art.

Was ist aber Rechtens, wann in vori- 20.
gen zierlichen perfecten Testament ein Fremder als Erb eingesetz worden, in dem letzteren nicht perfecten aber der, so ab intestato Erb ist, zum Exempel der Sohn? Uber disen Casum haben wir zwey Texte, erstlich in L. 2. ff. de injust. rupt. & irrito testam. und andertens in L. Theodosii hac consultissima Cod. in testam. wo die Erben ab intestato,

stato, welche im unperfecten Testament als Erben eingesetzt worden, zur Erbschafft zugelassen, hingegen die Fremde, welche zuvor im zierlichen Testament als Erben eingesetzt worden, ausgeschlossen werden. Uber dise Frag ist zu lesen, Jul. Clarus §. testamentum quæst. 98. & quæst. 13. noch weithläuffiger schreibet fachin. controv. Juris lib. 4. cap. 6. per totum. aus welchem folget, daß unser Art. zu verstehen seye von zweyen unter Kindern gemachten Testamenten, deren das erst perfect, und das andere unperfect ist. Massen alsdann das perfecte Testament nicht umgestossen wird; Die Ursach ist an sich selbsten klar, weilen gegen ein perfectes Werck unter Persohnen von gleicher Beschaffenheit grössern Favor haben muß, als ein unperfectes Werck, weilen darfür gehalten wird, daß das erstere besser überlegt worden. Wann aber im solennen und perfecten Testament ein Fremder als Erb eingesetzt wird, und in dem unperfecten jener, dem sonsten die Erbschafft ohne Testament zufallet, so hat der Kayser Theodosius billige Ursach gehabt, die Erben ab intestato denen Fremden vorzuziehen. Weilen nun angezogene Rechts Sätz glathin von jenen reden, welche ab intestato Erben seynd. Zum Exempel, wann ein Bruder den Bruder oder Schwester zuvor im zierlichen Testament, ausgeschlossen hat; so hat diß noch vil mehr Platz, wann die Kinder ausgeschlossen worden, wie kurtz hernach von Erb-Einsetzung der Kinder, deren Umgeh- oder Enterbung mehrers wird gesagt werden. Zudeme aber, daß ein unperfectes letzteres Testament, wo die Erben ab Intestato eingesetzt worden, das vorige zierliche Testament umstosse, wo fremde eingesetzt worden, erfordert der Kayser Theodosius, daß in letztern unperfecten Testament aufs wenigist 5. Zeugen gebraucht worden, welches, weilen in unsern Art. nicht corrigirt worden, so müssen wir nothwendig sagen, daß, obwohlen ein unperfectes Testament unter Kindern Krafft dises Art. giltig, wann vor zweyen Zeugen solches errichtet, oder mit des Testirers eignen Hand geschrieben, oder von einem anderen zu Papier gebracht worden, und von denen Kindern unterschrieben worden, doch deren keines zu der Würckung, daß es das vorige für einen Fremden errichtete zierliche Testament umstosse, erklecklich seye, sonder daß 5. Zeugen gebraucht worden seyn müssen, welche in L. Theodosiana erfordert werden: dann was nicht geändert wird, soll Platz haben. 21.

Das letzte, womit wir disen Art. schliessen, ist, daß ein unperfectes Testament unter Kinderen allein unter denen Kindern gelte. Dann, wann ein dritte fremde Persohn eingemischt wird, gilt zwar die Verordnung der Eltern unter Kinderen, ist aber, was die fremde Persohnen betrifft, nichtig Krafft der Wort. L. hac consultissima 21. §. ex imperfecto Cod. de testam. wo in dem Parenthesi gesagt wird, wann aber in dergleichen Willen denen Kindern ein andere fremde Persohn vermischt worden, so ist gewiß, daß solcher des Verstorbnen Will, was solche fremde Persohn betrifft, für nichtig zu halten seye, sonder alles denen Kindern zufalle.

Der neunte Articul.

Wann die Baurs-Leuth auf dem Land, an Orten, da sie ohne sondere Beschwerde die Anzahl der siben Zeugen nicht bekommen mögen, ihre Testament machen wöllen, so ist genug, wann sie fünff Zeugen, die Manns Persohnen seyn, haben künten: Wohneten aber die Bauers-Leuth an solchen Orten, da sie die Anzahl der siben Zeugen haben möchten, sollen sie ihre Testament machen, nach gemeinen Gebrauch, und in obgesetztem Form.

Summaria.

1. Warummen der Baurn *Testament privilegirt* seye, also daß sie vor 5. Zeugen *testiren* können?
2. Was erfordert werde, daß dise Freyheit denen Baurs-Leuthen zustehe?
3. Ob dise Freyheit ein Baur habe, wann er in der Stadt *testirt*?
4. Was von einem Burger zu sagen, der auf dem Land *testirt*?
5. Was Rechtens, wann in einem Dorff 5. Zeugen nicht zu haben seynd, ob wenigere genug seyen?
6. Ob die Weiber in eines Baurs *privilegirten Testament* Zeugen seyn können?
7. Ob auch die Zeugen in disem *privilegirten Testament* müssen beruffen und erbetten seyn?
8. Ob die Zeugen ohne Ausnahm seyn müssen?
9. Wer *probiren* müsse, daß man im Dorff 7. männliche Zeugen nicht habe haben können?
10. Ob nicht auch dem Land ein schrifftliches *Testament* könne gemacht werden, wann nur einer da ist, der sich anstatt anderer Zeugen unterschreibt?
11. Ob eines Baurns auf dem Land gemachtes *Testament* giltig seye, wann der *testirer* nachgehends Burger wird?
12. Was Rechtens, wann durch ein allgemeine Gewohnheit die Zahl der Zeugen über 5. vermindert worden, ob die Baurn nichtsdestoweniger 5. Zeugen brauchen müssen?

Die

1. Die dritte Gattung eines privilegirten Testaments ist das Testament der Baurs-Leuth; Dann, disen wird von darumen etwas von denen Testaments Solennitäten nachgesehen, weil man in Dörfferen nicht allzeit genug Zeugen haben kan, dahero verordnet diser Art. daß in Orten, wo so wenig Unterthanen seynd, ein Testament gemacht werden könne vor 5. männlichen Zeugen, wo aber Leuth genug seynd, daß man 7. Zeugen haben kan, so müssen 7. gebraucht werden, ist also bey uns dise Freyheit der Baurs Leuth sehr eingeschränckt, und dahero kommt es, daß ausser den Städten und Märckten in Dörffern solten zierliche Testament gemacht werden, absonderlich schriffliche wegen Mangel der Notarien. Die Baurn aber, welche entweders unter Kindern, oder, wann sie keine haben, auf Fremde testiren wollen, gehen vor ihr ordentliche Obrigkeit, oder Gericht, oder, wann sie kranck seynd, beruffen sie den Richter, und geben ihren letzten Willen zum Protocoll, von welcher Arth zu testiren kurtz hernach etwas, so zu wissen wirdig ist, und fast täglich fürfallt, mehrers geredt werden soll.

Daß ist der kurtze Begriff unsers Art., welches mit dem Reichs-Abschied de An. 1512. übereins stimmt, wo mit wenig Worten enthalten ist, daß auf den Gäu, wo Baurs Leuth Testament machen, und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, aufs wenigist fünff Zeugen nöthig seyn. Und in L. & ab antiquis legibus 31. Cod. de testam. sagt Kayser Justinianus: in jenen Orten aber, wo selten Leuth, so schreiben können, gefunden werden, lassen wir Krafft dises Gesatz zu, daß, wo Leuth, so schreiben können, gefunden worden, siben Zeugen (welche zusammen beruffen werden müssen) gebraucht werden, und ein jeder sich für sein Persohn unterschreibe; Wo aber solche Leuth, die schreiben können, nicht gefunden werden auch 7. Zeugen ohne Schrifft zur Zeugschafft zugelassen werden. Wann aber in den Ort 7. Zeugen nicht erfunden worden, so müssen in allweg 5. gebraucht werden, weniger aber lassen wir nicht zu. Aus welchen Worten erhellet, daß dem gemeinen
diff. Recht nach ein genauere Arth zu testiren denen Baurn zugelassen seye, als unser Art. und der Reichs Abschid von An. 1512. vorschreibt. Die Ursach aber warum denen Baurs-Leuthen dise Freyheit gegeben worden, gibt Justinianus in præfat. dict. L. 31. in disen Worten: Und von alten Gesatzen, und von zerschiedenen Fürsten zuruck ist der Baurschafft allzeit fürgesehen, und denen Baurn in vilen Subtilitäten der Gesatz die genaue Beobachtung nachgesehen worden: Welches die Erfahrung mit sich bringt. Dann weilen die Errichtung der Testament mit gewissen Gesätzen eingeführt worden, wie können also die Bauers-Leuth, und die weder lesen noch schreiben können, sothane Subtilität der Gesätz in ihren letzten Willen erfüllen? Dahero haben wir darfür gehalten, durch dises Gesatz deren Einfalt zu begegnen. Welche Ursach klar an Tag legt, warum die Arth zu testiren dem gemeinen Recht nach eingeschränckter seye, als nach unsern Land-Recht. Weil der Justinianus nicht allein auf den Mangel der Bauers-Leuth, sondern auch auf die Unwissenheit und Einfalt der Bauern gesehen hat, unser Articul aber mit dem Reichs-Abschied betrachtet allein den Mangel der Leuth, und folglich den Abgang der Zeugen. Aus welchem nun einige Fragen entspringen.

Die erste ist, was also erfordert werde, 2.
daß in unsern Vatterland dise Freyheit denen Bauers-Leuthen zustehe? Und wir antworten drey Stuck, daß der Testirer ein Bauer seye. Andertens, daß er auf dem Land testire; Drittens, daß sieben Zeugen nicht zu haben seyn. Jul. Clarus §. testamentum quæst. 56. n. 6. Wo er sagt, doch seye zu wissen, daß dise Freyheit dem Ort, und der Persohn zugleich gegeben werde, nemlich denen Bauern und denen auf dem Land Testirenden. Also, 3.
damit die Verordnung dict. L. fin. Platz habe, wird erfordert, daß beydes miteinander einschlage, wann also ein Bauer in der Stadt, oder ein Burger auf dem Land testirt, die haben dise Freyheit nicht. Eben dises hat auch Joan. Dauth. ad dict. L. fin. wo er sagt, daß diser Text weder den Burger, so auf dem Land, noch den Bauern, der in der Stadt testirt, angehe. Was den in der Stadt testirenden Bauern betrifft, ist die Sach klar, weil Zeugen, und Leuth, so schreiben können, genug zu haben. Aber bey einem Burger, der auf dem Land testirt, ist die Sach 4.
zweiffelhafftiger, weilen unser Articul und der Reichs-Abschied de Anno 1512. den blossen Mangel der Zeit zu Ertheilung diser Freyheit für kl ecklich erkennen, welcher Mangel auch den auf dem Land wohnenden Burger betrifft, wie den Bauern, es scheint auch, daß nichts hindere, daß alle Recht das ist, der Text in L. fin. Cod. de testam. Recess. Imper. de Anno 1512. und unser Articul von Bauern reden, weil ein Burger, der auf dem Land wohnet, und die Aecker bauet, auch ein Bauer genennt werden kan. Einige Städt, wie da Ingolstadt ist, haben nach gelegne Dörffer, wo alle Bauern und Innwoh-

 ner

ner Burger seynd; Gewißlich dergleichen Bauers-Leuthen können wir an Orten, wo siben Zeugen nicht zu haben seynd, die Freyheit vor fünff Zeugen zu testiren nicht benemmen: Und dahero sagt Joan. Dauth loc. cit. daß auch vile DD. seyen, welche denen auf dem Land wohnenden Burgeren dise Freyheit ohne Anstand zulassen. Ja es seynd einige, welche auch denen auf dem Land wohnenden Adelichen dise Arth nicht widersprechen. Vasq. de success. creat. lib. 3. §. 22. Idem Dauth loc. cit. ampl. 3.

5. Was ist aber Rechtens, wann 2. am Ort, wo ein Testament auf dem Land gemacht wird, aber auch nicht mahlen 5. Zeugen zu haben seynd, kan wohl das Testament vor drey oder vier Zeugen gemacht werden? Und wir antworten mit Nein, weil L. fin. ausdrucklich sagt: Weniger aber lassen wir auf keine Weiß zu. Ja die DD. ziehen in Zweiffel, ob, wann in solchen Orten 6. Zeugen gefunden werden, nicht auch der sechste gebraucht werden müsse? vid. Idem Dauth. loc. cit. ampl. 1.

6. Wann man 3. fragt, ob auch die Weiber Zeugen seyn können. So antworten wir mit Nein, dann obwohlen solches bey einigen Rechts-Gelehrten zugelassen wird, so sagt doch unser Articul ausdrucklich, daß sie Männer seyn müssen, die Manns-Persohnen seynd. Aus Ursach, weilen, wann die Gebrechlichkeit und Mangel des Vernunffts bey denen Weiberen eine aus denen fürnehmsten Ursachen ist, daß ein Weib im Testament kein Zeug seyn kan, so muß dise Ursach weit mehrere Würckung haben bey einem auf dem Land gemachten Testament, wo die Weiber einfältiger seynd, als in den Städten. Hernach, weilen Brenessel und Unkraut weit mehr auf dem Land wachset, als in Städten, also auch wachsen mehr Weiber als Manns-Persohnen, daß also, wann die Weiber für giltige Zeugen in der Bauern-Testamentern angesehen werden sollen, kaum ein Ort seyn wird, wo man nicht sieben geschwätzige Gänß finden wird. Barrii de testam. lib. 1. tit. 2. n. 9.

7. Ist aber wohl 4 nöthig, daß in einem auf dem Land gemachten Testament die fünff Zeugen zusammen beruffen und erbetten werden müssen, und der Testirung Act an einander ohnunterbrochner geschehe, also daß kein fremder Act unterlauffe? Und wir sagen mit Francisc. Barrii n. 9. Und mit Vasq. loc. cit. n. 34. daß jener, der mit der Anzahl der Zeugen dispensirt, nicht erachtet werde, daß er auch wegen anderen Solennitäten dispensire, obwohlen das Widerspiel sagt Guido pap. quæst. 543.

5. Müssen die Bauers-Leuth, so Zeugen seynd, freye Leuth seyn, vierzehen Jahr alt, in allweg dichtig, und ohne Ausnahm seyn, damit der Verdacht aller Falschheit, welcher auf dem Land nicht minder als in Städten ist, verhüttet werde. Unter die freye Leuth doch zehlen wir auch die Leib-eigne Bauern, weil sie eigentlich keine Knecht seynd. 8.

Wer muß aber 6. erweisen, daß am Ort, wo auf dem Land das Testament gemacht worden, nicht sieben männliche Zeugen zu haben gewesen? Und hierauf antworten Dauth. Vasq. und Barrii loc. cit. daß die Præsumption seye für den eingesetzten Erben; Aus Ursach, weilen, wann ein anderer das Widerspiel behaupten will, solches probiren müsse, dann er ist Kläger, muß also die Prob machen. 9.

Und wann einer 7. zweifflen kan, ob das auf dem Land gemachte Testament allein als mündlich gelte, weilen in so geringer Anzahl der Leuth, wann nicht fünff taugliche Zeugen können erfunden werden, noch vil weniger fünff Zeugen, so schreiben können, aufgetrieben werden mögen, welche das Testament unterschreiben, und besiglen, welches für ein schrifftliches Testament die von Rechts wegen erforderliche Solennitäten seynd? Hierauf wird geantwortet, daß die Verordnung des Jnstiniani, ausdrucklich in sich habe, daß wann nur ein Zeug, so schreiben kan, allda gefunden wird, diser vor die andere, so nicht schreiben können, doch in Gegenwart ihrer sich unterschreiben könne. Von der Besiglung sagt sie zwar nichts, wann aber die Unterschrifft in Nahmen anderer giltig ist, warum nicht auch die Siglung? Wenigist aus disen Worten erhellet, daß auch auf dem Land ein schrifftliches Testament gemacht werden könne, wann nur einer verhanden ist, der schreiben kan, der sich für andere unterschreibt, wann schon nachgehends die Siglung nöthig ist, oder nicht. Und weil unser Articul dise des Justiniani Verordnung nicht verändert, so bleibt sie in ihren Kräfften. Dauth. loc. cit. ampl. 6. 10.

Daß, was wir gesagt haben 9. ist also zu verstehen, daß eines Bauerns auf dem Land gemachtes Testament giltig seye, wann schon der Testirer nachgehends Burger worden. Vasq. cit. §. 22. n. 34. Dauth. loc. cit. ampl. 6. 11.

Jenes aber 10. und letztlich vermeynen wir ungeschickt zu seyn, was einige 12.

bey

bey dict. Dauth. haben wollen, daß die Bauern zu fünff Zeugen verbunden seyn, wann schon in einem Ort Krafft allgemeiner Gewohnheit die Testament vor Wenigern zum Exempel vor zwey Zeugen können gemacht werden, als müsse gleichsam jenes, was zu ihren Favor eingeführt worden, zu ihren Haß dienen. Wir haben gesagt, wann durch ein allgemeine Gewohnheit die Testaments-Solennitäten völlig nachgelassen worden seynd, dann, wann nur in einem Ort die Gewohnheit obwaltet, so hat die Regul Platz, so vil ist verjährt, als im Innhaben ist: Eine andere sehr disputirliche Frag ist, welcher Gestalten und wie weit ein Fremder nach Gewohnheit oder Statut des Orts, wo die Anzahl der Zeugen eingeschränckt wird, testiren könne? Worüber zu lesen ist semicent. 1. controv. 38. per totum.

Der zehende Articul.

Hat an einem Ort ein böse Sterbsucht so fast eingerissen, daß es allbereit bannisirt, so mag ein jeder vor fünff Zeugen sein Testament aufrichten: Wann aber gleich ein solch Ort nicht bannisirt, doch die testirend Persohn selbst mit einer Leibs gefährlichen Erbsucht behafft, und inficirt ist, in solchem Fall seyn auch fünff Zeugen genug. Ist auch nicht nothwendig, daß die Zeugen eben in dem Zimmer seyn, wo die krancke Persohn ist, sondern wann die Zeugen die krancke Persohn wohl und deutlich sehen könnten, und deren Wort klärlich vernemmen mögen, ist solch Testament nichts minderes giltig, obgleich die Zeugen so gar nahend zu der testirenden Persohnen nicht kommen seyn.

Summaria.

1. Ob nicht ein zur Zeit der Pest oder *contagion* errichtes *testament privilegirt* seye?
2. Wie vil Zeugen erfordert werden, und ob dem Bayrischen Land-Recht nach 5. genug seyn?
3. Ob zu disem *privilegirten testament* erfordert werde, daß die *contagion* groß, und für solche erklärt worden?
4. Ob nöthig seye, daß die Zeugen beruffen und erbetten werden, daß der *Act* ohnunterbrochen im Zimmer geschehe, wo der *Testirer* liegt, daß ihne die Zeugen sehen?
5. Wann einer in einem nicht bannisirten Ort doch an der Pest kranck liegt, ob ihme die *Solennitäten* zu *testiren* nachgelassen seyn?
6. Wann einer aus einem angesteckten in ein gesundes Ort sich begeben, ob er dises *Privilegium* habe?
7. Ob ein zur Pest-Zeit gemachtes *testament* nachgehends allzeit gelte?
8. Wann der *Testirer* gesagt hat, daß jener sein Erb seyn müsse, wann er stirbt, nachgehends gesund worden, ob nicht das *testament* von Rechts wegen zerfalle?
9. Wann einer zur Pest-Zeit nicht *testiren*, sondern ein *codicill* machen will, wie vil muß er Zeugen haben?
10. Ob die Weiber in dem zur Pest-Zeit gemachten *testament* Zeugen seyn können?
11. Was für Gefahren solch zur Pest-Zeit errichtes *testament* unterworffen werde?
12. Ob nicht die Zeugschafft *de auditu* in *testaments*-Sachen verworffen seye?
13. Ob ein in des Fürsten Hand überreichtes *testament*, oder welches *ad acta*, oder vor der Obrigkeit gemacht worden, *privilegirt* seye?
14. Warum von disen *testamenten* in unsern Land-Rechten nichts gesagt werde?
15. Ob erfordert werde, daß der *Testirer* selbst sein *testament* dem Fürsten überreiche, oder ob solches auch durch einen anderen geschehen könne?
16. Ob solch dem Fürsten übergebnes *testament* Zeugen haben müsse?
17. Welcher Gestalten die Ubergab des *testaments* in die Hand des Fürsten durch eines Cabinets-*Secretarii Attestation*, oder durch Unterschrifft des Fürsten erwiesen werde?
18. Ob das dem Fürsten übergebne *testament* gelte, in welchem der Fürst selbst als Erb eingesetzt worden?
19. Ob das dem Fürsten überreichte *testament* gelte, wann der *Testirer* kein *testament* hat machen können?
20. Was für Persohnen der Fürst könne *testament* zu errichten fähig machen?
21. Zu deme, daß ein zu Handen des Fürsten gestelltes *testament* gelte, ob nicht ein *Rescript*, das ist, die Fürstliche *Approbation* erfordert werde?
22. Ob auch ein mündliches *testament* vor dem Fürsten gemacht werden könne?
23. Ob der *Testirer* selbst vor dem Fürsten erscheinen, und seinen Willen mündlich erklären müsse?
24. Welcher Gestalten, und ob ein zu Handen des Fürsten, oder vor dessen Angesicht gemachtes *testament* widerruffen werden könne?
25. Ob in einem *ad acta* gelegten *testament* Zeugen erfordert werden?
26. Ob das *testament ad acta* übergeben werden müsse, da der Richter vor Gericht sitzt?
27. Ob nicht durch Gerichtliches *Instrument* die *ad acta* beschehne Hinterlegung *probirt* werden könne?

28. Das

28 Das vorm Richter ausser der Gerichts-Zeit und Ort gemachte *testament* obs gelte ohne Zeugen?
29. Wie vilerley Arth es gebe vor dem Richter zu *testiren*?
30. Was Rechtens, wann das *testament* nicht vor dem Richter, sondern vor denen *Deputirten* gemacht wird, ob es gelte?
31. Ob vor denen *Deputirten* nicht allein ein mündliches sondern auch ein schrifftliches *testament* könne gemacht werden?
32. Was Rechtens, wann ein *testament* vor dem abgeordneten, oder sich selbst eintringenden *Actuario*, oder *Registratore* gemacht wird, ob es gelte:
33. Ob in einem Gerichtlichen errichten *testament* erfordert werde, daß der Richter sonderheitlich erbetten und beruffen worden?
34. Ob nöthig seye, daß der krancke *testirer* vor denen *Deputirten* die Erben und anderes erkläre?
35. Ob der *testirer* sein *testament* durch einen Botten dem Richter einhändigen lassen könne?
36. Ob eines Krancken vor denen *Deputirten* gemachtes *testament* Zeugen nöthig habe?

1. Die vierte Gattung der privilegirten Testamentern ist das zur Pest-und Contagions Zeit errichte Testament. Worüber wir einen Text haben in L. casus majoris 8. Cod. de testam. Uber welchen Text die DD. unterschiedlich reden, dann einige vermeynen, daß wenigist fünff Zeugen nöthig seyn. Grass. lib. 3. com. opin. §. testamentum quæst. 64. thesaur. decis. Pedemont. 180. Vasqu. de success. creat. lib. 3. §. 22. n. 35. Clarus lib. 3. sent. §. testamentum quæst. 56. Andere behaupten, daß zwey oder drey genug seyen, dessen Meynung sonderlich seynd die Cammeralisten als Gail. lib. 2. observ. 118. n. 17. Mynsing. cent. 1. obs. 36. Rutger. Rulland. tract. de commiss. part. 2. lib. 1. cap. 7. Andere behaupten, daß auch zur Pest-und Contagions-Zeit sieben Zeugen verhanden seyn müssen, sondern allein die Arth selbe zu gebrauchen nachgelassen seye. Fachin. lib. 5. controv. cap. 92. Berlich. lib. 3. conclus. 5. n. 6. Wo er dise Meynung mit mehrern probirt, und anderer Meynung weitläuffig widerlegt, andere machen einen Unterschied, unter einer grossen und kleinen Contagion, unter einer starcken, und geringen Pest, und einige unter dem Fall, da der Testirer selbst an der Pest liegt, und da er gesund ist.

2. Wann wir den Text des L. 8. Cod. de testam. einsehen, so vermeynen wir, er seye klar genug, daß dem gemeinen Recht nach, von der Zeugen Anzahl zur Pest-Zeit nichts nachgesehen seye, die Wort des Text lauten also: Obwohlen wegen der Pest und Contagion, welche die Zeugen abschröckt, etwas von Rechts wegen nachgesehen worden, so ist doch die übrige Solennität der Testamentern nicht aufgehoben; Dann es ist nachgesehen, daß die mit solcher Kranckheit behaffte Zeugen zu diser Zeit zusammen beruffen werden, an der Zahl aber ist nichts nachgesehen; Welch letztere Wort klar genug zu seyn anscheinen, daß in einem zur Pest-und Contagions-Zeit gemachtes Testament sieben Zeugen gebraucht werden müssen. Unser Articul ergreifft den mitteren Weeg, und erfordert nicht sieben Zeugen, laßt auch zwey oder drey nicht zu, sondern erklärt, daß fünff Zeugen genug seyen, zur Gleichheit eines auf dem Land ausser den Städten errichteten Bauern-Testaments: In welchem, wann man will, wieder ein Unterschied zwischen unsern Land und gemeinen Recht ein Unterschied angemerckt werden kan. diff.

3. Es scheint doch, daß unser Articul, daß dise Freyheit Platz finde, erfordere, daß die Contagion groß seye, Krafft der Wort: Eine böse Sterbsucht, und andertens, daß sie für ein solche ausgeruffen worden seye, Krafft der Wort: Daß der Ort (wo die Sterbsucht eingerissen allbereit bannisirt seye. Dann wann der Ort, wo ein verdächtige Sucht oder Kranckheit eingerissen, nicht bannisirt ist, und allda offentliche Märckt und Gerichter gehalten werden, da hat das Privilegium nicht statt, weil solche Kranckheit für kein Contagion gehalten wird. Dann obwohlen unser Articul nicht allein von der blossen Pest zu verstehen ist, sondern von einer jedwederen ansteckenden Contagion: die Leuth billig in Forcht setzt, Krafft der Wort: Ein böse Sterbsucht, so hanget doch diß nicht ab von eines jeden Einbildung, sondern von Obrigkeitlicher Erklärung. vid. Boërius decis. 228. n. 11. Wie wir in jenen ein Exempel haben, welche sich von Gerichtlicher Citation wegen angesteckten Ort oder Lufft entschuldigen, weil ein solche Entschuldigung nicht angenommen wird, wann der Ort für angesteckt nicht erklärt worden ist, sondern alldort offne Märckt, und Gerichter gehalten werden. Zanger de except. part. 2. cap. 5. n. 7. & n. 76.

4. Was ist aber zu sagen von anderen Solennitäten und sonderheitlich, ob nöthig seye, daß die Zeugen zusammen beruffen und erbetten werden, daß der Testirungs-Act ohnunterbrochen fürgangen, daß die Zeugen im Zimmer seyn, daß sie den Testirer sehen ꝛc. Und wir antworten, daß, obwohlen von all disen Solennitäten unser Articul sonderheitlich wenig in sich begreifft, uns doch erstlich gewiß zu seyn vor-

vorkomme, daß die Zusammen-Ruffung, und Erbittung der Zeugen, auch (wann wir vom schrifftlichen Testament reden) die Unterschrifft und Siglung nicht nöthig seye, weil der Text in dict. L. casus majoris 8. die Versammlung der Zeugen ausdrucklich nachlaßt, und diß in unsern Articul nicht corrigirt worden; Ja es scheint, daß die Versammlung der Zeugen, die Haupt-Ursach seye, warum der Justinianus in dict. L. 8. zur Contagions-Zeit dise Freyheit gegeben habe, weil durch Versammlung der Leuth meistens die Contagion weiter sich erbreittet. Damit also zu solcher elenden Zeit der Gewalt zu testiren, welcher favorabel ist, denen Leuthen nicht benommen werde, so ist mit einhelliger Stimm der Rechts-Gelehrten in Krafft der Verordnung dises Gesatz gestattet worden, daß die Zeugen nach und nach zu unterbrochner Zeit erscheinen, unterschreiben und siglen können, wann man setzt, daß ein schrifftliches Testament gemacht werde. Lese doch den Berlich. lib. 3. conclus. 4. n. 29. & seq. Aus welchem drittens folgt, daß ein solcher Act bey unterbrochner Zeit, wann auch andere fremde Geschäfft entzwischen lauffen, geschehen könne, und nicht nöthig seye, daß solcher Act ohnunterbrochen vollzogen werde. Endlich 4. dispensirt unser Articul in disem ausdrucklich, daß die Zeugen zur Persohn des Testirers in das Zimmer, wo er liegt, einzutretten nicht schuldig seyen; Sondern ist genug, wann sie ausser dem Zimmer stehend den Krancken sehen, reden hören, und seine Wort klar verstehen. vid. Idem Berlich. loc. cit. n. 31.

5. Wir haben bißhero allzeit von jenem Casu geredt, wo ein gantzer Ort mit der Pest oder Contagion behafft, und für solch erklärt, und bannisirt worden ist. Was ist aber zu sagen, wann einer testiren will, der in einem sonst gesunden und nicht bannisirten Ort an der Contagion oder Pest liegt? Und wir antworten, daß in disem Casu auch die Anzahl der Zeugen, und andere kurtz zuvor erzehlte Solennitäten nicht anderst nachgelassen seyen, als, wann der gantze Ort angesteckt und bannisirt worden wäre: Und diß nubillig, weil weit gefährlicher ist, in ein besonders angesteckktes Hauß zu gehen, als in ein gewisses Ort, wo mehrere Hauß-Weesen und Familien angesteckt seyn; Welches unser Articul ausdrucklich bestättiget, aus Ursach, weilen die Leuth mehr erschröckt werden, wann nur ein oder andere Persohn in einem Ort inficirt ist, als, wann der gantze Ort angesteckt ist, wie die Erfahrenheit lehret, und ich mit meinen Augen gesehen hab, daß die Leuth zu Anfang der einreissenden Pest die Gesellschafften geflohen hab.n, als, da der gantze Ort oder Stadt angesteckt gewesen, wo schier ein jeder wegen Verzweifflung der Gesundheit dem Nächsten zu Hülff zu kommen, kecker worden.

Was ist aber Rechtens, wann einer aus einem angesteckten Ort sich an gesundes Ort begeben hat, und alldort in guten Gesundheits-Stand testiren will? 6
Uud es ist gewiß, daß ein solcher wegen Ermanglung der Ursach des Privilegii das Privilegium nicht brauchen könne. Hier kan applicirt werden, daß ein Soldat nach seiner Entlassung testiren müsse dem gemeinen Recht nach, wie wir oben gesagt haben, und scheinet, daß unser Articul dise Freyheit also zu testiren allein dem angesteckten Ort, oder angesteckten Persohn gegeben habe. Ist keines verhanden, so hat auch die Freyheit keinen Platz.

Wann man fragt, ob ein solches Testament, so zur Pest- oder Contagions- 7.
Zeit errichtet worden, in Zukunfft allzeit gelte, oder nach geenderter Contagion auslösche? So antworten wir mit einem Unterschied, dann entweders solches Testament an einen durchgehends mit der Pest oder Contagion Ort gemacht, oder von einer in particular mit der Contagion inficirten Persohn in einem sonst gesunden, und nicht bannisirten Ort ericht worden? In solch beyden Fall laßt unser Artikul dises Privileginm zu. Wann also supponirt wird, daß die Contagion am gantzen Ort grassirt, so sagen wir, daß das Testament so lang gelte, so lang die Contagion oder Bannisirung dauret. Obwohlen Mascard. conclus. 1358. n. 25. Manti. de conject. ult. volunt. lib. 12. tit. 1. n. 8. & Barrii de testam. lib. 1. tit. 2. n. 8. wollen, daß, wann einer, so mit der Contagion behafft ist, vor fünff Zeugen das Testament gemacht hat, und nachgehends gesund worden, solches Testament doch giltig seye, wann er schon solches mit sieben Zeugen hätte wieder machen, und bestättigen können, solches doch nicht gethan hat, welches wir für zweiffelhafftig ansehen. Dann weilen ein Testament eines Soldatens, welches er im Lager im Streitt gemacht hat, nach geendeten Krieg, und nachdem er seinen Abschied erhalten, nur ein Jahr lang giltig ist, wie wir bey dem 7. Articul gesagt haben, und der Testirer verbunden ist, nachgehends ein anderes aufzurichten, oder das vorige mit denen in gemeinen Recht erforderlichen Solennitäten zu bestättigen. Unsers Erachtens ist des Barrii

Meynung besser, daß auch ein zur Pest- oder Contagions-Zeit errichtes Testament, nach Umlauff eines Jahrs, nachdem die Pest oder Contagion aufgehört hat, wieder zu machen, oder zu bestättigen seye. Dann die Pest ist wie ein Krieg, welchen GOtt mit denen Menschen hat. Wann also der Zorn GOttes nachgelassen, so wird gantz recht zur Gleichheit des Soldatens noch ein Jahr gestattet, wo der privilegirte Testirer seinen letzten Willen revidiren, und solchen mit einem neuen Testament mit Gebrauchung der dem gemeinen Recht nach erforderlichen Solennitäten abänderen, oder bestättigen, und also sich bedächtlich erklären kan. Und disen Sentenz haltet auch Vasq. de success. progress. lib. 3. §. 30. n. 8.

8. Was den anderen Casum betrifft, wann ein Testament von einem inficirten an jenen Ort gemacht worden, wo kein offentliche Contagion grassirt, so ist zu sehen, ob solcher Testator gesagt habe, daß diser oder jener sein Erb seyn müsse, wann er an diser Kranckheit sterbe, alsdann, wann er nicht gestorben ist, sondern wieder gesund worden, so thut das Testament, weil die Condition nicht erfüllt worden, von Rechts wegen erlöschen, und ist dem Testirer zu dessen Wiedermachung oder Bestättigung kein Jahr zu gestatten. Mant. loc. cit. n. 8. ad fin. Mascard. conclus. 423. Barii loc. cit. n. 8. ad fin. Wo aber dise Condition nicht beygesetzt worden, sehen wir nichts im Weeg zu stehen, warum nicht auch um das Testament wieder zu machen und zu bestättigen in Conformität des Soldaten Testaments ein Jahr zu gestatten seye, doch mit dem Unterschied, unter beyden Casu, der allgemeinen Contagion, oder einer Particular-Contagions-Kranckheit, daß im ersten Fall das Jahr zu lauffen anfange vom Tag, wo die Bannisirung aufgehebt worden, in dem anderen Fall aber vom Tag, wo der Krancke gesund worden. Daß man muß allzeit auf die Ursach sehen, welche dem Privilegio Platz macht, ist solche nicht mehr obhanden, so hat auch das Privilegium keine Würckung mehr.

9. Was ist aber Rechtens, wann einer zur allgemeiner oder particular Pest- und Contagions-Zeit nicht testiren, sondern nur ein Codicill machen will; Ist wohl nach unsern Land-Recht nöthig, daß solcher im Codicill auch fünff Zeugen brauche, wie im Testament? Hievon sagt unser Articul nichts, wir vermeynen aber, daß in einem Codicill drey Zeugen genug seyn, nemlich nach Proportion des Testaments, daß, gleichwie zur Pest-Zeit dem Testirer zwey Zeugen nachgelassen werden, also auch dem Codicill Machenden zwey nachgesehen werden, und also ein Codicill, so zur Pest- oder Contagions-Zeiten vor drey Zeugen ericht worden, giltig seye. Obwohlen das Widerspiel haltet Barrii de testam. loc. cit. n. 8. ad fin. Wo er thesaur. decis. 180. allegirt, sagend, daß, wann fünff Zeugen zu haben seynd, alle gebraucht werden müssen. Weil aber dise DD. den Sentenz halten, daß an der Zahl der Zeugen in denen zur Pest- oder Contagions-Zeit errichten Testamentern nichts nachgelassen worden, Krafft des L. casus majoris 8. Cod. de testam. Deßwegen sagen sie, daß auch in einem Codicill von der Zahl der fünff Zeugen nichts nachgelassen worden, wann sie zu haben seynd. In deren Fuß-Stapffen wir eintretten, und sagen, gleichwie unsere Land-Recht im Testament zwey Zeugen nachlassen, welches von grösserer Wichtigkeit ist, also wir auch darfür gehalten, daß sie im Codicill zwey Zeugen nachlassen, welches von geringerer Wichtigkeit ist.

Wir haben in vorigen Articul gesagt, 10. daß in einem von einem Bauern auf dem Land gemachten Testament die Weiber für Zeugen nicht zugelassen werden; Entstehet dahero die Frag, ob eben diß zu sagen seye von einem zur Contagions-Zeit errichteten Testament? Es scheint, es seye dem gemeinen Recht nach mit Ja zu antworten, aus Ursach, weilen im Bauern-Testament von der Zahl der Zeugen etwas nachgelassen wird, in dem zur Pest-Zeit gemachten Testament aber wird von der Zeugen Anzahl nichts nachgesehen. Woraus wir gar recht schliessen, also noch vil weniger wird in einem zur Contagions-Zeit gemachten Testament von der Qualität der Zeugen etwas nachgelassen. Dessen aber ohneracht halten wir darfür, unsern Land-Recht ähnlicher zu seyn, daß zur Contagions-Zeit die Weiber Zeugen seyn können. Die Ursach des Unterschieds zwischen dem auf dem Land und zur Contagions-Zeit errichteten Testaments ist, weilen das erstere wegen blossen Mangel der Leuth wenigere Zeugen nöthig hat, welcher Mangel doch auch sonsten entweders durch des Richters oder ordentliche Obrigkeits-Persohn ersetzt werden kan; Zur Contagions-Zeit aber wird nicht allein auf den Mangel der Leuth gesehen, sondern hauptsächlich auf deren Forcht und Schröcken, welchen sie haben zu anderen Leuthen zu kommen, um die Gefahr der Contagion zu entgehen, welche wie der Krebs subtil, auch durch Anhauchen,

oder

oder sonsten mit geringsten Anrühren unvermerckt und subtil umfrißt, daß folglich, was in vorigen Articul von denen männlichen Zeugen der Bauern gesagt worden, auf das zur Contagions-Zeit gemachte Testament nicht kan erstreckt werden. Gewiß, wann unser Art. das Absehen gehabt hätte, von denen in Contagions-Zeiten errichteten Testamentern die Weiber auszuschliessen, so hätte er solches eben so leicht thun können, wie solches in vorgehenden Articul. (wie wir alldort sattsam ausgelegt haben) bey der Bauern-Testamentern geschehen ist. Wir haben Anno 1635. da wir eben von dergleichen Ubel überfallen gewesen, gesehen, und erfahren, daß die Weiber um denen Krancken zu Hülff zu kommen, kecker gewesen, als die Manns-Bilder, also daß, wann das Weibliche Geschlecht zu dem Testirungs-Act nicht tauglich wäre, selten einer zur solchen Zeit 2. Manns-Persohnen, zu geschweigen 5. zu Machung eines Testaments findete. Wir hätten gern gesagt, daß zwischen beyden Fall, da ein Bauer, und ein Inficirter testirt, der Unterschied seye, daß der erste dem gemeinen Recht nach testire, aber auf eine wegen Unerfahrenheit, und Mangel der schreiben könnenden Leuthen in Dörffern gemilderte Weiß; Der ander aber sich des Völcker-Rechts gebrauche, weil zu solcher elenden Zeit sonsten alle Recht schweigen, welche doch auch denen Bauern auf dem Land zur guten Zeit bekannt seyn müssen. Weilen aber der Text in offt bemeldten L. casus majoris 8. von denen 7. Zeugen nicht einen, unsere Bayrische Land-Recht aber allein 2. Zeugen nachlassen, so können wir nicht sagen, daß die Sach, was das zur Contagions-Zeit errichtete Testament betrifft, auf den Stand des Völcker-Rechts eingeschränckt seye, weilen Krafft dessen in Mund 2. oder 3. Zeugen alles Wort bestehet. Wer den elenden Stand der Pest oder Contagion wohl betracht, und davon eine Erfahrnuß hat, der wird mit uns darfür halten, daß niergend, und niemahl mehr die Rechts-Regul Platz habe, daß man denen Testamentern favorisiren soll, als zu diser Zeit, wo die Leuth einander mehrers scheuen, als Mörder und Rauber.

11. Endlich zum Beschluß ist zu mercken, daß dise zur Pest- oder Contagions-Zeit errichtete Testament vilen Gefahren unterworffen seyen, dann weilen die Zusammenkunfft der Leuthen geflohen wird, also daß über ein solches Testament kein Notarius gebraucht werden kan, welcher, obwohlen des Verstorbnen letzter Willen schrifftlich verfaßt, und von den Zeugen unterschrieben und besiglet worden, mache, daß die Zeugen ihre Sigil und Unterschrifften recognosciren, und darüber ein Instrument errichte, auch die Gericht nicht offen stehen, daß das Testament gleich nach den Tod des Verstorbnen eröffnet und publicirt, wie nothwendig und Rechtens ist, werden könte, sondern das End der Contagion erwartet werden muß, also daß meistens unter der Zeit auch die Zeugen selbsten sterben, und zu Grund gehen, und also nothwendig folgt, daß auch das Testament zerfalle, weil nach verstorbnen Zeugen nothwendig ist, daß auch aus Mangel der Prob des Verstorbnen letzter Will zu Grund gehe, und ist dißfalls nicht genug, daß des Testirers Handschrifft erkennt werde, weil dise ohne 5. Zeugen ja dem gemeinen Recht nach ohne 7. Zeugen nicht giltig ist, Krafft dessen, was zuvor gesagt worden, daß ein zur Contagions-Zeit errichtes Testament pur auf das Völcker-Recht nicht eingeschränckt worden seye, wie das unter Kinderen errichte Testament eingeschränckt worden zu seyn, wie wir oben bey dem 8. Articul gesagt haben: Es hilfft auch nichts daß andere sagen, daß sie von denen

12. Zeugen in ihren Leben gehört haben, daß der an der Contagion Gestorbene ein Testament gemacht habe, weilen die Zeugschafft vom hören sagen in Testament-Sachen verworffen wird. Welches Berlich. loc. cit. conclus. 5. in fin. frey bekennt, wo er doch dict. conclus. 5. wiederholter massen sagt, daß die zur Contagions-Zeit gemachte Testament unter das Völcker-Recht gehören, Krafft dessen allein auf die Wahrheit und auf keine Solennität gesehen wird, welche eben darum am Tag liegt, da des Testirers Handschrifft erkennt wird. Ist also räthlich, daß einer das Testament machen auf solche elende Contagions-Zeiten nicht verschiebe, unter welchen die Zeugen, und mit ihnen die Testament zu Grund gehen; Der mehrers von disen Testamentern sehen will, der lese den Mascard. conclus. 1359. & seq. thesaur. dict. decis. 180. Reusner lib. 1. decis. 8.

13. Unter denen privilegirten Testamentern ist die fürnehmste Gattung derjenigen, welche zu Handen des Fürsten überreicht, oder Gerichtlich ad acta übergeben, und vor ordentlicher Obrigkeit errichtet werden, von welchen allen in disem unsern Titul, in welchem wir begriffen seynd, nichts verordnet zu finden, welches sehr verwunderlich ist, wo doch dise Arth zu testiren, das ist, zu Handen des Fürsten, durch Ubergebung ad acta,

oder vor ordentlicher Obrigkeit sehr frequent ist; Wir können also nicht unterlassen, daß wir nicht etwas beybringen, so sehr nutzlich und zu wissen nöthig ist.

14. Wann geneigter Leser vor allem gefragt wird, warum der Durchleuchtigiste Gesatz-Geber von disen Testamentern, obwohlen derselbe von den Räthen erinnert worden, gar keine Meldung gethan habe? So können wir fürwahr keine Ursach geben. Villeicht ist diß deßwegen geschehen, weil der Gesatz-Geber darfür gehalten, daß dem Fürsten und jeder Obrigkeit für sich selbsten bekannt seye, was bey denen zu Handen gestellten oder Gerichtlich gemachten Testamentern nöthig seye, daß überflüssig, in dem Land-Recht denen Fürsten und Obrigkeiten gleichsam eine Arth fürzuschreiben, und Gesatz zu geben, oder, weil die Cammer (welche bey Errichtung der Statuten einen guten Antheil gehabt hat) darfür gehalten, dem Lands-Fürsten besser zu seyn, die Testirungs-Materi einzuschräncken, als zu erweiteren, damit öffters aus Mangel der Testamentern, dem Fisco zum erben Gelegenheit anstosse; Welches wir Recreations wegen sagen, und jedem seine Meynung frey lassen.

Dise Arth zu testiren kommt über eins mit dem Text in L. omnium. 19. Cod. de testam. Und weilen besagter massen dise Arth dreyfach ist, als beym Fürsten, ad acta, und vor ordentlicher Obrigkeit, so werden wir über jede Arth gewisse Fragen vorstellen.

15. Die erste ist, ob nöthig seye, daß, wann einer sein Testament zu Handen des Fürsten stellen will, er selbst vor dem Lands-Fürsten Persöhnlich erscheine, oder ob genug seye, wann er sein Bitt in Papier verschloßner durch einen anderen einreichen laßt? Und obwohen wir gewiß zu seyn vermeynen, daß ein dem Fürsten überreichtes Testament gelte, es mag selbes durch den Testirer selbsten, oder in seinen Nahmen durch einen anderen, oder auch ohne die dritte Persohn durch ein blosse Supplic überreicht worden seyn, Krafft des Text in dict. L. omnium 19. Wo gesagt wird, wir halten darfür, es seye allen zuzulassen, daß ein jeder, der Gewalt zu testiren hat, nach seinen freyen Willen seinen Erben durch überreichte Supplic erklären könne, und soll also wissen, daß jenes gelte, was er gethan hat. Welches Michael Grass. lib. sent. §. testamentum quæst. 54. n. 17. in so weit extendirt, daß das Testament giltig seye, wann schon auf die Supplic nichts rescribirt worden, nichts desto weniger doch haben wir gesehen, daß dises bey uns nicht observirt werde, sondern, wann einer durch ein Supplic die Erlaubnuß ausgebetten, sein Testament zu Handen des Fürsten übergeben zu dörffen, ist diß beobachtet worden, daß, wann der Testirer ein adeliche gesunde Persohn gewesen, er zum Hand-Kuß zugelassen, und von dem geheimen Cabinets-Secretario erinnert worden, daß er sein schrifftliches Testament dem Fürsten überreichen und offentlich, daß darinn sein letzter Will begriffen seye, bekennen, und um dessen Confirmation, Behandhabung, und Execution bitten solle. Wann aber der Testirer kranck und Bethliegerig, oder ein gemeiner Mann gewesen, weil sich nicht geziemt, solche absonderlich wegen Kranckheiten verdächtige Leuth vor den Lands-Fürsten zu lassen, so seynd Commissarii ernennt worden, die des Krancken letzten Willen übernemmeten, und dem Lands-Fürsten überbrächten, unter welchen wir ein und das andere mahl selbsten gewesen, und haben in der geheimen Cantzley nachgehends expediren lassen, was wir zur Prob beschehner Uberreichung für nöthig erachtet haben, wovon gleich wieder die Red sich ergeben wird. Die andere Frag ist, ob sol- 16.
ches Testament, welches dem Fürsten zu Handen gestellt wird, Zeugen nöthig habe, oder nicht? Und wir antworten, es seye gar kein Zeug nöthig, also lehren alle Rechts-Gelehrte. Jul. Clarus lib. 3. sent. §. testamentum quæst. 56. n. 7. Covar. de testam. part. 2. n 5. Dauth. tract. de testam. 2442. Mascard. de prob. lib. 3. conclus. 1353. n. 27. Berlich. lib. 3. conclus. 4. n. 2. Und diß wegen Respect, Reputation und Authorität des Lands-Fürsten: Dann es scheint, es seye über alle Solennitäten, wann ein Testament in Gegenwart so grossen Adels und fürnehmsten Leuthen dem Fürsten übergeben wird, wie in dict. L. omnium 19. in der Vorred gesagt wird. Dann es wird darfür gehalten, der Fürst wäre niemahlen allein, sondern habe allzeit adeliche und fürnehme Leuth um sich, welche die Stell der Zeugen vertretten.

Diß ist doch also zu verstehen, wann 17.
bekannt ist, daß einer sein Testament entweders mündlich oder durch eine Supplic dem Fürsten übergeben habe. Wann aber diß zweiffelhafftig ist, so wollen sie gemeiniglich, daß solche Ubergab mit 2. Zeugen müsse probirt werden, dann obwohlen die Authorität des Fürsten die Solennitäten des Rechts aufhebt, so hebt sie doch die Prob der Wahrheit nicht auf. Es muß also die Ubergab probirt werden, daß sie entweders in Persohn und Gegenwart des Testirers mündlich oder durch eine Supplic geschehen seye. Und dahero ist besagter massen in unsern Vatterland der Brauch, daß die

Testa-

die Testaments-Ubergab an den Fürsten durch eine Schrifft vom geheimen Cammer-Schreiber, oder geheimen Cammer-Secretari erwiesen werde, der auf das Testament aussen hero den Tag und Ort schreibt, wo der Testirer selbst das Testament dem Fürsten zu Handen gestellt, und offentlich bekennt hat, daß in solcher Schrifft sein letzter Will begrieffen seye, dessen Approbation und Execution er sich vom Fürsten ausgebetten hat: Oder, wann der Testirer nicht gegenwärtig gewesen, sondern die Ubergab durch eine Supplic geschehen; So thut der Cabinets-Secretari den Jnnhalt der Supplic kürtzlich ausser dem Testament schreiben, mit Bezeugung, daß der Fürst in das Begehren eingewilliget, und die Execution desselben übernommen habe: Welche des Secretarii Attestation unsers Erachtens anstatt der Zeugen die Ubergab sattsam beweiset, und der Zeugen Stell ersetzet. Obwohlen bey uns der Brauch ist, daß auch der Durchleuchtigiste Fürst selbsten dise des Secretarii Attestation mit eigner Hand unterschreibt, und sein Sigil anhängen laßt. Lese den Jul. Clarnm §. testamentum. quæst. 58. Covar. tit. de interpret. testam. in rubr. part. 2. Mascard. conclus. 1358. n. 47. Dauth. de testam. ad. dict. L. omnium Cod. de testam. Berlich. dict. conclus. 4. n. 2. & seq.

18. Die dritte Frag ist, ob das dem Lands-Fürsten zu Handen gestellte Testament gelte, wann der Fürst selbsten in dem selben eingesetzt worden? Und wir vermeynen, es gelte nicht, Krafft des Text in L. cùm hæredes. 7. Cod. qui testam. fac. poss. Wo gesagt wird, der Kayser oder Kayserin, wann sie als Erben eingesetzt werden, sollen mit anderen das gemeine Recht halten; Nun aber der Erb im Testament kan die Stell eines Zeugens nicht vertretten, also auch der Kayser oder Lands-Fürst nicht. Dann obwohlen der Kayser oder Fürst an die Gesatz nicht gebunden ist, so ist doch denen Fürsten nichts ähnlicheres, als die Gesatz zu halten. Der Kayser Alexander sagt in L. ex imperfecto 3. Cod de testam. Und wie Glossa supermarginalis ad L. cùm hæredes 7. Cod. qui testam. fac. poss. sagt, daß der Fürst zu seinen Nutzen und Favor seine Authorität nicht interponiren, und in eigner Sach kein Zeug seyn könne. vid. Barrii de testam. tit. 2. n. 1.

19. Viertens wird gefragt, ob ein dem Fürsten übergebnes Testament gelte, wann der Testirer ein solche Persohn gewesen, so ein Testament zu machen nicht fähig ist, zum Exempel, wie wir in nachfolgenden Articul hören werden, welche nicht freyen Stands seynd, wie die Knecht, Söhn, oder welche nicht Vogtbar, das ist, nicht 14. Jahr alt, die Unsinnige, und Unverständige: Oder die ihnen gleich seynd, wie die Verschlemmer, die Taube, und Stumme von Natur: Oder welche wegen Verbrechen nicht testiren können, welche das Crimen læsæ Majestatis begangen haben, Verräther des Vatterlands, die Ketzer, die Wucherer, Ordens-Persohnen ꝛc. Und wir vermeynen, gar gewiß zu seyn, daß die Freyheit zu testiren zu Handen des Fürsten sich auf unfähige nicht erstrecke. Dann allein die Fürstliche Authorität die Solennitäten ersetzt, ist auch niemahlen zu gedencken, daß der Fürst ein Testament approbiren und bestättigen wolle, welches zu Præjudiz des anderen von einem Knecht oder von einem Narrn, Sinn-losen oder verwirrten Menschen oder Delinquenten, Tauben und Stummen von Natur, oder dergleichen gemacht worden, welchen das Testament machen in dem gantzen Titul Cod. & ff. quibus non est permissum fac. testam. verbotten ist. Dann in disen privilegirten Testamentern, das ist, in Soldaten Testament, im Vätterlichen Testament unter Kinderen, im Testament der Bauern, im Testament zur Pest-Zeit, und folglich auch in dem dem Fürsten übergebenen Testament wird allein von Nachsehung der Solennitäten, und nicht von Qualeficirung der Persohnen gehandlet.

Obwohlen wir nicht widersprechen, 20.
daß in des Lands-Fürsten Gewalt stehe, dem anderen den Gewalt zu testiren geben zu können, das ist, welcher keinen wesentlichen Fehler hat. Dann, gleichwie ein Fürst einen Narrn, Stummen, Gehörlosen von Natur ꝛc. nicht gescheid, redend oder hörend herstellen kan, also auch kan er solche zum testiren nicht fähig machen. Aber, gleichwie er einen noch nicht 14. jährigen Menschen, oder einem Sohn in Vogtbaren freyen Stand setzen kan, also auch stehet in dessen freyen Willen und Gewalt, solchen das Testiren zu erlauben. Daß er aber solches thue, wird niemahlen præsummirt, wann er das zu Handen gestellte Testament aufnimmt, wann solches nicht ausdrucklich gesagt wird, ja wann der Fürst einen in Krafft höchster Macht, ausserordentlich fähig macht, so muß er nach Verordnung der Rechten testiren, mit Anwendung aller Solennitäten. Wie die DD. in diser Materi gemeiniglich lehren. Vid. Jul. Clarus. §. testamentum quæst. 34. & Francisc. de Barrii lib. 1. tit. 2. n. 3. Wo er einen Unterschied machet, ob jener, dem der Fürst zu testiren erlaubt hat, sonsten den Gewalt zu testiren gehabt habe oder nicht, im ersten Fall,

gilt das Testament, obwohlen darinn die Solennitäten des gemeinen Recht unterlassen worden, im anderen Fall scheinet, er habe ihm allein die Erlaubnuß gegeben zu testiren, nicht aber daß er auch die Solennitäten des gemeinen Rechts nachgesehen habe, damit nicht zwey gantz besondere Sachen vermischt werden. Also auch in gleichem, wann der Fürst ein zu Handen gestelltes Testament um die Solennitäten zu ersetzen empfangen hat, so wird er auch nicht darfür gehalten, daß er die Unfähigkeit der Persohn, welche er villeicht nicht weißt, ersetzen wolle damit nicht zwey gantz besondere Sachen untereinander vermischt werden, wann diß nicht ausdrucklich gemelt wird.

21. Man wird 5. sagen, diß komme wunderlich vor, daß ein zu Fürstlichen Händen gestelltes Testament kein Rescript, das ist, kein Fürstliche Approbation nöthig habe, wie wir oben schon aus Jul. Claro, und Francis. Berrii allegirt haben; Diß aber hat unsers Erachtens keine Beschwehrnuß; Dann gleichwie ein schrifftliches vor 7. Zeugen errichtetes Testament giltig ist, wann schon die Zeugen von der Erben-Einsetzung, und anderen Verordnungen kein Wort wissen, also auch ist nicht nöthig, daß der Fürst den Innhalt des ihme überreichten Testaments wisse. Wann also dem Fürsten nichts bewußt ist, was soll dann der Testirer durch das Rescript für eine Antwort erwarten? Genung ist, daß die Testaments Ubergab erwiesen werden kan entweders mit Zeugen, oder, wie bey uns der Brauch ist, durch die Fürstliche auf das Testament eigenhändig geschrieben Attestation, oder durch des geheimen Cabinets-Secretarii Unterschrifft. Dann es ist auch die Fürstliche Approbation nicht nöthig, sonder allein die Prob über die Ubergab des Testaments.

22. Man wird 6. sagen, diß seye wahr bey einem schrifftlich dem Fürsten behändigten Testament. Aber was ist zu sagen, wann einer mündlich vor dem Fürsten testiren will? Wir antworten, daß uns dergleichen Casus niemahlen begegnet; Unterdessen was die Frag an betrifft, vermeynen wir gewiß zuseyn, daß ein mündliches Testament sowohl vor dem Fürsten gemacht, als das schrifftlich zu Fürstlichen Handen gestellt werden könne. Die Ursach ist an sich selbsten klar, weilen solche Testament von darummen gelten, weil die Fürstliche Gegenwarth alle Solennität ersetzt, und die Krafft bestehet nicht indeme, daß der Fürst das Testament in seine Händ empfange, sonder daß er dessen Willen mit Ohren anhöre, welcher gewiß weit klärer erhellet, wann solcher mündlich und specificè in das Gesicht ausgesprochen wird, als wann in verschlossen Papier solcher zu Handen übergeben wird.

Unterdessen 7. kan kein Zweiffel seyn, daß nicht der mündliche Testirer sich vor dem Fürsten persöhnlich stellen, und seinen Willen, das ist, die Erben-Einsetzung, und übrige Verordnungen mündlich erklären müsse. Gleichwie aber wir kurtz zuvor gesagt haben, daß in einem schrifftlichen und zierlichen Testament die Wahrheit des Facti, oder würckliche Ubergab des verschlossenen Testaments zu Handen des Fürsten bekannt seyn müsse, also auch bey dem mündlichen Testament ist die Prob der Wahrheit und Facti höchst nöthig, welche besser nicht kan gemacht werden, als wann der Fürst durch seinen geheimen Cabinets-Secretari (welchen wir einen Seithen-Tretter nennen können, weil er immer an der Seithen des Fürsten stehet, wie die Trabanten) über die mündliche Verordnungen ein Protocoll führen, und solches entweders mit eigner Hand-Unterschrifft bestättigen, oder mit dessen Besiglung, und des Secretarii Unterschrifft befestigen laßt. 23.

Die letzte Frag ist, ob und welcher Gestalten ein Sach zu Handen des Fürsten übergebnes, oder in dessen Angesicht errichtes Testamant widerruffen werden könne? Wegen der Frag ob ist kein Zweiffel, weilen der Menschen Will biß auf den letzten Schnauffer allzeit frey ist. Bey uns hat die Sach keine Beschwehrnuß, dann solche zu Handen des Fürsten übergebne Testament (ein gleiches ist zu sagen von denen mündlich besagter massen errichten Testamenten) werden nicht beym Fürsten behalten, sonder werden dem Testirer zu Verwahr zuruck gegeben, wann also die Testirer solche widerruffen wollen, haben sie die in nachgehenden 15. Art vorgeschriebne sehr leichte Arth vor Handen, daß sie solche austhun, zerreissen, oder sonsten zernichten rc. Wann aber sie diß nicht thun wollen, so zweifflen wir nicht, daß ein solches auch zu Fürstlichen Handen gestelltes Testament durch ein anders zierliches Testament Krafft des §. ex eo autem 7. Inst. quib. mod. testam. infirm. Und des Text in L. omnium 19. Cod. de Testam. durch widrigen Willen entkräfftet werden könne. Gloss. ad Jul. Clarum §. testamentum quæst. 56. n. 7. Lit. G. Wir haben gesagt, durch ein anders zierliches Testament, dann (wie der 8. Art. vom Vätterlichen Testament unter Kindern hat) gleichwie ein zuvor zierlich gemachtes Testament durch ein unperfectes Testament nicht kan umgestossen wer- 24.

werden, also auch ein vor dem Fürsten errichtes Testament, welcher unsers Erachtens perfect ist, kan anderst nicht, als durch ein anderes perfectes Testament aufgehoben werden, wie wir bey dem 15. Art. dises Tituls sagen werden. Die andere Arth, so der Ubergebung zu Handen des Fürsten gleich ist, zu testiren ist, wann ein Testament ad Acta hinterlegt wird.

25. Wegen welcher Arth die erste Frag ist, ob auch zu solchem ad Acta gegebnen Testament kein Zeug erfordert werde? Und obwohlen die Rechts-Gelehrte unterschiedlicher Meynung seynd, da einige nichts destoweniger 7. einige aber 2. oder 3. Zeugen erfordern, doch ist der gemeinere Sentenz, daß bey einem ad Acta hinterlegten Testament auch gar kein Zeug nöthig seye. Diß wird entnommen aus dem L. omnium 19. Cod. de testam. wo der Kayser ein dem Fürsten überreichtes Testament denen ad Acta hinterlegten Testamenten gleich haltet: Aber ein dem Fürsten übergebenes Testament, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, erfordert keinen Zeugen, also auch das ad Acta hinterlegte Testament nicht, verstehe zur Substanz und Solennität des Acts, dann gleichwie in dem dem Fürsten Ubergebnen Testament das Factum der Ubergab probirt werden muß, also auch bey denen ad Acta hinterlegte Testament muß die Hinterlegung probirt werden. Bey uns ist bißhero der Brauch gewesen, daß jene, welche ihre Testament dem Hoff-Rath übergebitten, um solche ad Acta zu legen, vor dem versamleten und zu Gericht sitzenden Hoff-Rath erscheinen und allda offentlich bekennen müssen, daß in jener Schrifft, so sie dem Churfürstlichen Hoff-Rath übergebeten, ihr letzter Will begriffen seye, ob aber diß von Rechtswegen nothwendig seye?

26. Ist die andere Frag, welche Berlich hin und wider durchsucht, und des Rechts-Gelehrten zerschiedene Meynungen erzehlt, und endlich dict. conclus. 4. n. 10. & seq. den Schluß macht, daß nicht nöthig seye, daß der Richter vor Gericht sitze, sonder genung seye, daß einer seinen letzletzten Willen vor dem Richter, zu was Zeit und Gelegenheit es immer ist, Gerichtlich zu erkennen gebe. Welches auch wir wegen alldort beygebrachten Ursachen und Authoritäten approbiren. Nichtsdestoweniger doch muß die Gerichtliche Hinterlegung wenigist mit zwey Zeugen eben also probirt werden, wie die Testaments-Einlifferung in die Fürstliche Händ.

27. Was ist aber Rechtens, wann 3. ein solcher Testirer ad Acta über die Testaments-Hinterlegung ein Obrigkeitlich besigletes Instrument aufrichten laßt? Gewißlich wird er hiermit die Testaments-Hinterlegung eben so probiren, als wann der Testirer das Testament in Gegenwart zweyer Zeugen hinterlegt hätte, wie wir oben von des geheimen Cabinets-Secretarii, oder von des Fürsten eigner Attestation gesagt haben; Dann die Gerichtliche Documenta, wie wir bey Auslegung unserer Land-Recht gar offt gehört haben, allzeit kräfftiger seynd, als die vor Notari und Zeugen errichtete ausser Gerichtliche, Instrument, Document, und Zeugschafften, wir haben mit Fleiß von dem Gerichtlichen aufgerichten Instrument geredt, dann es wird kaum in einigen Sachen ein Gerichtliches Instrument aufgericht, ausser mit Gezeugen, daß also die Prob der Wahrheit niemahlen abgehet, dahero bey uns in denen Pfleg- und Land-Gerichtern offentliche Procuratores aufgestellt werden, welche bey allen Geschäfften für Zeugen gebraucht, in die Protocoll eingeschrieben, und in offentlichen Gerichtlichen Instrumenten als Zeugen angeführt werden, also daß gleichsam dem Praxi nach bekannt ist, daß auch dem Richter als offentliche Persohn (wie dem Notario) kein Glauben gegeben werde, wann nicht sein Instrument wahr gemacht wird, das ist, mit Zeugen. Der geneigte Leser hat doch zu notiren, daß hier das Wort hinterlegen, oder Hinterlegung nicht für ein wahres Depositum genommen werde, sonder für eine Insinuation, dann obschon die ad Acta errichtete Testament meistens bey Gericht behalten, und alldort aufgehebt werden, so hindert doch nichts, daß nicht die Insinuation auf das Testament geschrieben, und Krafft dessen, was wir von Uberreichung in die Fürstliche Händ gesagt haben, die beschehene Insinuation approbirt, das Testament aber dem Testirer zuruck gestellt werden könne. Daß also das Wort Depositionis, welches in diser Materi die DD. gemeiniglich brauchen, eigentlich kein Depositum anzeigt.

Nun schreitten wir auf die dritte Arth zu testiren vor dem Richter, die mit der vorigen Arth zu testiren ad Acta schier gleich und eins ist.

Und sagen 1. daß ein vor dem Richter 28. allein gemachtes Testament, welcher ausser dem Ort und Zeit des Gerichts beschäfftiget ist, nicht gelte, wann nicht hierzu Zeugen gebraucht worden, welche hierüber glauben, und Prob machen. Dann gleichwie die Ubergebung zu Fürstlichen Handen, und Hinterlegung ad Acta erwisen werden muß, also auch wird dem Rich-

Richter, der sagt, daß vor ihm ausser Gericht ein Testament gemacht worden, nicht geglaubt, wann solches nicht mit rechtmässigen Zeugen erwiesen wird. Fürwahr, obwohlen wir in vorgehenden zugelassen haben, daß zur Hinterlegung eines Testaments ad Acta das Sitzen bey Gericht nicht erfordert werde, daß nemlich der Richter vor Gericht sitze, die Händel anhöre, und richte, so sageten wir doch gern, daß in Testament Sachen, welche von grosser Wichtigkeit seynd, die Gegenwarth des zu Gericht sitzenden Richters, wo, wie wir gesagt haben, die Gerichts Procuratores da seyn müssen, nöthig seye. Dann es wäre absurd, wann zum Exempel ein Baur, und ein Richter auf dem Land, wie gar offt geschieht, in offentlichen Wirths-Häusern zusammen kommeten, und der Baur dem rauschigen Richter seinen letzten Willen anvertrauete, und hierüber ein Instrument erhielte, daß solches Instrument für giltig rechtmässig, und vor dem Richter erricht gehalten wurde. Dergleichen Sprüch-Wörter seynd gefährlich, daß alldort die Acta seyen, wo der Richter ist, und dort seye das Gericht, wo der Richter sich einfindet, absonderlich in jenen Sachen, welche voluntariæ Jurisdictionis seynd. Wie das Testament machen ist, zumahlen diß alles mit Vernunfft zu verstehen ist, also daß alles wohl überlegter massen in Gegenwarth der Zeugen vor Gericht geschehen muß, durch welche die Wahrheit des Acts erwiesen werden kan.

29. Es gibt zwey Gattungen zu testiren vor dem Richter, erstlich, wann der Testirer vor Gericht gehet, und vor dem Richter, er mag bey Gericht sitzen, oder nicht, zum Behuff der Wahrheit vor wenigist zwey Zeugen seinen letzten Willen entweders schrifftlich übergibt, oder mündlich erklärt. Anderters, wann der Testirer so kranck ligt, den Richter vor ihne berufft, und ihme seinen letzten Willen entweders schrifftlich gibt, oder mündlich anvertraut, dann auf solche beyde Weiß gilt das Testament, wann schon keine Solennitäten beobacht worden, wann nur das Factum vor dem zu Gericht sitzenden, oder ausser Gericht in dem Ort des Kranckligenden Testirers seyenden Richter beschehne Testirungs-Act probirt werden kan.

30. Ein grösserer Zweiffel ist, wann der Richter nicht selbsten mit seinen Gerichts-Dienern vor dem Krancken erscheint, sonder zu Aufnemmung des Testaments zum Krancken Deputirte schickt, welches meistens geschicht, wann die ordentliche Obrigkeit im Rath versamlet ist, ob ein solches Testament als Obrigkeitlich errichtet gehalten werden müsse? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen die Deputirte aus dem Rath ein Richter oder Obrigkeit nicht können genennt werden, also auch ein solches Testament kan die Authorität eines Gerichtlichen Testaments nicht haben. Wir vermeynen vor allem gewiß zu seyn, daß, wann zum Exempel zwey oder drey Hoff-Räth, oder zwey oder drey aus dem Münchnerischen Rath zum Krancken nur Besuchungs und Trost-weiß kommen, der Krancke ihnen sein Testament Fruchtloß anvertraue, aus Ursach, welche wir kurtz zuvor gesagt haben, weil einer oder der ander aus dem Hoff oder Magistrats-Rath den Richter oder Obrigkeit nicht ausmacht, sonder nöthig ist, daß zu solchem Act sie sonderheitlich vom Hoff oder Stadt-Rath deputirt worden. Moller in semest. suis. lib. 1. cap. 5. n. 15. Berlich. lib. 3. conclus. 4. Die Ursach ist an sich selbsten klar, weilen ohne Special-Abordnung und Commission sie für privat-Persohnen gehalten werden.

Wir vermeynen andertens, daß jedoch des Krancken vorgewiesen durch die Obrigkeit abgeordneten gemachtes Testament gelte, wie die tägliche Praxis hat. Aus Ursach, weill solche Deputirte und Commissarii den Richter selbsten, und Obrigkeit repræsentiren, und gleichsam Delegati seynd. Gleichwie nun der Testirungs-Act vor dem Delegirenden geschehen kan, also auch ist kein Zweiffel, daß solcher Act auch vor denen Delegirten geschehen könne.

Wir vermeynen 3. daß vor solchen Delegirten nicht allein ein mündliches sonder auch ein schrifftliches Testament gemacht werden könne; dann obwohlen einige bey Berlich. loc. cit. der Meynung seynd, daß, wann ein solch Krancker vor denen Deputirten, und Commissarien allein ein verschlossene Schrifft vorzeigt, und bekennt, daß darin sein letzter Will begriffen seye, diß keines Weegs genug seye, sonder erfordert werde, daß die Schrifft eröffnet, und vor denen Deputirten offentlich verlesen werde, so verwirfft doch dise Meynung gantz recht Berlich. Dann eben jener Gewalt stehet denen Delegirten zu, der denen Delegirenden zustehet, ein solch verschlossne Schrifft aber, so vor dem gantzen Rath mit der Bekanntnuß und Contestation exhibirt worden, daß in selber des Testirers letzter Will begriffen seye, wird ohne Anstand für ein rechtmässiges schrifftlich verfastes Testament gehalten, also muß es auch für ein solches gehalten werden, wann die Schrifft vor denen Commissarien und Delegirten exhibirt 31.

birt

birt worden, wie dergleichen Exempel mehr beygebracht werden könnten, wann nicht der Praxis bey unsern Gerichtern sattsam bekannt wäre.

32. Wir vermeynen 4. ungeschickt zu seyn, wie wir wissen, einstens geschehen zu seyn, wann der erbettene Rath um vom Krancken ein Testament aufzunemmen, einen Actuarium oder Registratorem schickt. Aus Ursach, weil dise Persohn dise Fähigkeit nicht hat, daß sie den gantzen Rath repræsentire, weil sie dessen kein Mit-Glid ist.

Noch vilweniger also 5. wird eines Krancken Testament gelten, wann ein Actuarius oder Registrator ohne Abordnung des Raths sich selbst eindringt, weil er ein Privat-Persohn ist, und sein Amt das Credit nicht hat, daß er, wie ein Fürst, Richter, oder Obrigkeit die Testaments-Solennitäten ersetzen könne.

Es thut auch 6. nichts zur Sach, was in bemeldter Geschicht sich zugetragen hat, daß der Actuarius zu Aufnahm des Testaments erbetten worden, weil dise Verrichtung ausser seiner Fähigkeit ist, auch solchen Leuthen nicht zustehet, ihr Fähigkeit zu überschreitten, und in einer Sach von so grossen Wichtigkeit, wie das Testament machen ist, sich einzumischen. Es ist unserer Gerichtern Gewohnheit bekannt, daß denen Actuarien und Registratern nicht mahlen die Erlaubnuß gegeben werde, daß sie die Schrifften præsentiren können, oder daß sie den Tag, wo sie im Rath producirt worden, aussen hero notiren und schreiben können, damit kein Betrug geschehe. Noch vil weniger also sollen sie die Testament, wann sie schon hierzu erbetten worden, aus eignen Gewalt und Athorität aufnemmen. Mit einem Wort wir sagen, die Registratores seynd, daß sie jenes nicht ad Acta nemmen sollen, was ihnen privat gegeben wird, sonder, was ihnen von denen Richtern befohlen wird, und jenes hat Krafft, was mit Authorität des Richters, und nicht was aus ihrer eignen Macht und Willen geschieht.

33. Wir vermeynen 7. aus disem folge, daß auch der Richter zur Testaments Aufnemmung eines Krancken keine Deputirte oder Commissarien schicken, noch die Deputirte oder Delegirte diß ihr Amt verrichten können, wann sie nicht sonderheitlich hierummen erbetten worden. Idem Moller. loc. cit. und Berlich. decis. 4. n. Aus Ursach, weilen das Testament von des Testirers Willen abhanget. Es kan also der Richter sich in solchen Act nicht einmischen, er seye dann hierzu erbetten und beruffen worden. Weil sonsten in geringeren Sachen das Richterliche Amt cessirt, wo selbes nicht implorirt worden. Berlich sagt gantz recht, daß ein vor dem Richter gemachtes Testament einem vor Zeugen errichten Testament verglichen werde, aber in einem vor Zeugen gemachten Testament wird die Beruff- und Erbittung der Zeugen erfordert, also auch im Gerichtlichen gemachten Testament nicht zwar zur Solennität, welche bey Gerichtlichen Testamenten nöthig ist, so zu Erklärung des Testirers letzten Willen, welcher Mangel grösser ist, als ein Solennitäts Mangel.

Und dahero 8. sagen alle, es seye nothwendig, daß der krancke Testirer vor denen Deputirten und Delegirten des Raths die Erben offentlich nennen, und seine übrige Vermächtnussen sonderheitlich eröffnen solle, damit sein überlegter Will bekannt seye, ohne welchen das Testament nicht bestehen kan, welches vom mündlichen Testament zu verstehen ist, daß in einem verschlossnen Testament ist genug, daß er vor denen Deputirten und Delegirten offentlich bekenne, daß in der Schrifft sein letzter Will begriffen seye, wovon wir kurtz zuvor sattsam gered haben. 34.

Wann man 9. sagt, was seye nöthig, Dependirte oder Delegirte zum Krancken zu schicken, wann erlaubt ist, daß er seinen letzten Willen schrifftlich erklären könne, aus Ursach, weil er solche verschlossne Schrifft in Rath selbsten schicken, und seine Erklärung beysetzen kan, daß in solcher durch einen Botten überschickten Schrifft sein letzter Will enthalten seye? Hierauf antwortet Berlich. loc. cit. daß solche Uberschickung nicht genug seye, weil der Richter, oder in dessen Nahmen die Depurte, oder Delegirte den Testirer selbst sehen, und reden hören müssen, welches ob wahr seye, wir sehr anstehen; Die Ursach zu zweifflen ist in L. omnium 19. Cod. de testam. wo ausdrucklich enthalten ist, daß einer sein Testament zu des Fürsten Hand übergeben könne, entweders in eigner Persohn, oder durch ein Supplic; Wann nun ein dem Fürsten durch ein Supplic übertreichtes Memorial giltig ist, warum soll nicht auch ein durch einen Botten oder Supplic dem Richter übergebnes Testament giltig seyn? Weil des jedwederen sowohl des Fürsten als des Richters Authorität, wie wir gesagt haben, alle Testaments Solennitäten ersetzt, obwohlen wir bekennen, daß dis der gemeine Stylus und Gewohnheit des Vatterlands seye, daß in des Krancken Hauß Deputirte geschickt werden, welche dessen schrifftliches Testament aufnemmen, und dem 35.

dem Rath überbringen, oder wann er mündlich testiren will, seinen Willen anhören, und solchen schrifftlich verfassen, und bey Gericht hinterlegen; Daß also sicherer ist, diser Observanz nachzukommen, als sich durch Uberschickung des Testamens in einer Gefahr zu setzen. Hierüber ist weitläuffiger zu lesen Modest. Pistor. ad dict. L. omnium. 19. Cod. de testam. Hartm. Pistor. quæst. 28. n. 9. lib. 3. Dan. Moller lib. 1. semest. cap. 5. n. 5. & seq. welche doch meistens vom Sächsischen Recht reden.

36. Letztlich vermeynen wir, daß eines Krancken vor solchen Deputirten und Delegirten gemachtes Testament eben auch keine Zeugen erfordere, wie ein Testament, welches zu Handen des Fürsten gegeben, oder ad Acta insinuirt wird. Aus Ursach, weilen solche Deputirte oder Delegirte nicht für Zeugen zu halten seynd, sonder für solche, welche das Richterliche oder Obrigkeitliche Amt vertretten, also, daß das Testament gilt, als wann es in Gesicht, und vor dem gantzen Rath gemacht, und insinuirt worden wäre. Aus Ursach, weilen das vor dem Commissario gemachte Testament so giltig ist, als wann es vor dem Richter oder Obrigkeit selbsten gemacht worden wäre. Gleichwie nun das vor dem gantzen Rath gemachte Testament vorbesagter massen zur Solennität keine Zeugen nöthig hat, also auch hat jenes Testament keine Zeugen nöthig, welches vor denen Deputirten und Commissarien errichtet worden; Unterdessen doch, wann widersprochen wird, daß vor denen Commissarien ein Testament gemacht worden, so muß solches Factum nicht minder probirt werden, als die zu Handen des Fürsten beschehne Zustellung, die ad Acta beschehne Ubergab, oder die bey dem gantzen Rath fürgeweste Insinuation. Ja, wann widersprochen wird, daß jene, welche sich für Commissarien und Delegirte ausgeben, solche seyen, so muß die beschehne Commission und Delegation erwiesen werden, weilen der Titul eines Raths weder einen Delegirten noch einen Commissarium ausmacht, sonder die Delegations oder Commissions-Brieff, welche in Contradictions-Fall vorgezeugt werden müssen.

Der eilffte Articul.

Nachfolgende Persohnen mögen kein Testament machen, nemlich die Kinder, so noch in Vätterlichen Gewalt, ausserhalb des Guths, so sie in Krieg, oder durch Lehrung freyer Künsten, advociren, Verwaltung eines Stands, oder Amts, eigne Geschicklichkeit, und daher rührende redliche Besoldung überkommen, von welchen sie wohl testiren mögen: Item ein Knab unter 14. und ein Mägdlein unter 12. Jahren. Die Sinn-losen, zur Zeit sie den Gebrauch ihres Verstands nicht haben: Die durch die Obrigkeit erklärte Verschwender: Item Taube und Stumme von Natur. Die in des Kaysers Acht seyn. Item, welche das Laster beleydigter Majestät, oder Verrathung des Vatterlands begangen. Auch die Ketzer, und offentliche Wucherer, ob sie gleich desselben noch nicht verdammt worden, dann auch die eingegebene Kloster-Leuth, nachdeme sie den Orden völlig angenommen, und Profess gethan haben.

Summaria.

1. Welche kein *Testament* machen können?
2. Ob die in Vätterlichen Gewalt stehende Kinder ein *Testament* machen können?
3. Was Rechtens, wann der Vatter seinem Sohn zu *testiren* erlaubt hat, und was zu sagen seye, von des Sohns *Peculio Profectitio*, Item vom vollständig besessnen *Peculio adventitio*?
4. Ob ein Sohn weder ein *Codicill* machen, noch was von Tods wegen verschencken könne?
5. Ob der Sohn zur Schanckung von Tods-wegen des Vatters *Special Consens* nöthig habe, oder ob der *General-Consens* genug seye?
6. Ob ein Sohn von Tods-wegen ohne Vätterlichen *Consens* ein fremde Sach verschencken könne, oder in welcher dem Vatter die Nutz-Niessung nicht zufallet?
7. Ob ein *Testament* oder *Codicill* giltig werde, wann der Sohn nachgehends ein Hauß-Vatter worden, und solches neuerlich *approbirt* hat?

8. Ob

1. Diser Art. handlet von denen Persohnen, welche Testament machen können, welcher unter die letzte kommen, wo er doch der erste hätte seyn solle. Dann nach Lehr des Gay in L. 4. ff. qui testam. fac. poss. müssen wir hauptsächlich und vor allem sehen, ob jener, der ein Testament gemacht hat, fähig gewesen ein Testament zu machen, und alsdann erst, wann solches bekannt ist, ob das Testament rechtmässig, und in Rechten fürgeschriebnen massen gemacht worden, oder, wie Gottofredus alldort recht sagt, erstlich seye die Causa efficiens, das ist, der Testirer, sodann erst die Form des Testaments zu untersuchen. Gleichwie aber vorbesagter massen vile DD. seynd, welche in dem Corpore Juris communis die Ordnung der Titul und Gesatz über die Hechel ziehen, also daß D. Manz hier über ein gantzes aber unnutzlich Büchel ausgehen lassen, welcher Gestalten die Digesta besser einzurichten wären. Also auch könnte der geneigte Leser in unsern Land-Rechten zwar eine bessere Ordnung der Titul und Art. billig verlangen, aber ohne Nutzen; weilen so gar auch die Gesatz der zwölff Tafflen also untereiander gesetzt seynd, daß deßwegen Materi genug obhanden, darüber zu schmecken. In vorhergehenden haben wir mit Gelegenheit des 2. Art. welcher erklärt, daß der kein Testaments Zeug seyn kan, auch unfähig sey ein Testament zu machen, oder etwas aus einem Testament zu erben, schon etwas in genere gemeldet von jenen, welche nicht testiren können, es seynd aber auch gantze Titul in Cod. ff. und Inst. qui testament. fac. poss. in deren Auslegung die Rechts-Gelehrte sehr weitläuffig seynd, wir werden in den Schrancken dises Art. verbleiben, und so vil möglich ist, kurtz darein gehen.

Die erste Gattung der Persohnen, welche nicht testiren können, seynd die im Vätterlichen Gewalt stehende Kinder; wegen Erforschung der Ursach dises Verbotts haben die DD. eine grössere Sorg, als der Sach Nothdurfft und Nutz erfordert, uns ist genug, daß ein Sohn kein ge- 2.

genugsamme Burgerliche Persohn, auch die Administration seiner Güther nicht habe. L. 1. §. filiis ff. de bon. quæ lib. sonder unter Vätterlichen Gewalt stehet, und vor Allem, was er immer erwerbete, dem Vatter erwerbete, das also sich nicht zu verwundern ist, daß ihme das Testament machen verbotten worden, der entweders gar nichts hat, worüber er testire, oder kein freye genugsamme Persohn hat, oder wann er etwas hat, er solches nicht administriren darff, dessen eine Würckung ist das Testiren; es mag nun die Ursach dises uralten Gesatz bestehen, in wem sie wolle, so ist selbes doch in gantz Europa angenommen; wie unser Art. solches gleich an das erste Ort setzt.

3. Und dise Regul, daß ein unter Vätterliche Gewalt stehender Sohn kein Testament machen könne, sagen wir wahr zu seyn, erstlich wann schon der Vatter ihme zu testiren erlaubt hat, weil in des Vatters als eines Privat-Menschen Willen nicht stehen kan, die Verordnung des gemeinen Rechts umzukehren; Parez ad tit. Cod. qui testam. fac. poss. n. 7. Schihard. ibid. ad rubr. n. 8. & alii passim. Und 2. wann schon der Sohn ein Peculium Profectitium, oder Adventitium hat, weil das Peculium Profectitium vollständig, das Adventitium aber mit der Administration und Nutz-Niessung dem Vatter zugehert. Mynsing. §. 1. n. 3. Inst. quib. non est permiss. Grass. Comm. opin. vers testamentum quæst. 23. n. 2. Ja 3. wann ein Sohn mit einer solchen ausdrucklichen Condition Güther erlangt, daß der Vatter davon die Nutz-Niessung nicht haben soll, Krafft der Auth. Cod. de bon. quæ lib. oder, wann der Sohn mit dem Vatter seinen Bruder erbt, Krafft der auth. item hæreditas. Cod. eodem. oder, wann der Vatter die ihm schuldige Nutz-Niessung nachsieht, L. 6. §. non autem 2. Cod. eod. oder, wann dem Sohn eine Erbschafft zu Gefallen, der Vatter aber in die Antrettung der Erbschafft dem Sohn nicht einwilligen will. L. fin in princ. Cod. eodem. oder wann der Vatter ohne rechtmässige Ursach die Ehe aufhebt, und das Weib weg jagt, Krafft der Auth. item. Cod. eodem. und in dergleichen Fällen mehr, in welchen auch dem Vatter kein Nutz-Niessung zugehet, Krafft des Text in L. 12 Cod. qui test. fac. poss. wo der Kayser Justinianus ausdrucklich sagt, es soll niemand aus dem Gesatz, welches neuerlich eröffnet worden, in Sachen, welche denen Eltern nicht können erworben werden, vermeynen, daß denen Kindern jedwedern Grads oder Geschlechts erlaubt seye Testament zu machen, sie mögen solche Sachen ohne des Vatters Consens, oder mit dessen Willen besitzen; dann wir lassen ihnen solches auf keine Weiß zu, sonder es soll das alte Gesatz in allem gehalten werden, welches denen Söhnen ausser in gewissen Fällen Testament zu machen auf keine Weiß zulaßt. Welche aber jene Fäll seynd, in welchen dem Vatter an den Güthern, so der Sohn erlangt, nichts zukommt, die haben wir kurtz zuvor erzehlt, und ist weiters zusehen unter dem Titul Inst. quib. non est permiss. fac testam. ad fin. princ. wo der Kayser vom Peculio castrensi vel quasi redet, andere DD. aber thun solche allda vollständiger auslegen. Mynsing. n. 5. & seq. Schneidew. n. 10. Wesenbec. ibidem n. 10. Ant. Parez in Cod. ad h. t. n. 8. Clarus §. testamentum. quæst. 18. n. 2. Grosf. quæst. 23. n. 2. Es mag hierwider Herm. Mayrer tract. de test. lib. 1. cap. 2. sagen, was er will, und dem Sohn, in jenen Güthern, in welches dem Vatter nichts zufallet, das Recht zu testiren frey zulassen. Welches einige in so weit extendiren, daß ein Sohn von solchen Güthern, die sie mit vollständigen Recht erlangt haben, nicht testiren können, wann schon er in vogtbahren Jahren, das ist, Majorenn ist, und er selbst Kinder hat. Franc. de Barrii lib. 1. de test. tit. 7. n. 2. Aus welchem folget, daß der Mangel des freyen Stands die haupt Ursach seye, daß ein Sohn nicht testiren könne, weilen weder die Erwerbung eines vollständigen Rechts, noch auch der Will des Vatters ihme das Recht auch unter Kindern, noch weniger unter Befreunden oder Fremde zu testiren zu eignen kan. Die Gloss. Margin. ad Joan. Dauth. de test. cap. ad hunc tit. qui testam. fac. poss. n. 148. lit. V. sagt gantz gut, daß vor Altem Testament gemacht wurden durch Verkauffung der Famili. Uber ein Famili aber kan niemand disponiren, als der das Haupt der Famili ist, das ist der Hauß-Vatter, der frey und eigenen Gewalts ist. Eben jenes, was vom Sohn gesagt worden, muß noch vil mehr von einer Tochter verstanden werden, wann sie schon über ihr Heurath-Guth, so nicht vom Vatter sonder von der Mutter, oder von einem Fremden geschenckter herkommt, testiren will. Clarus §. testamentum quæst. 18. n. 3. Grass. quæst. 23. n. 3. Villalob commun. opin. lit. f. n. 85. Welch zwey letztere Extensiones wegen eines unter Kindern testirenden Sohns, und wegen einer Verheurathen über fremd erhaltnes Heurath-Guth testirenden Tochter unsern Land-Recht nach nicht Platz haben, weilen, wie wir oben bey dem 3. Tit. 2. Art. gesagt haben, durch Heurath und Einsetzung eigner Kinder der Vätterlich Gewalt aufgelest wird, und deßwen ein jeder über seine eigne Sachen frey testiren kan.

Was

4. Was ist aber von einem Sohn zu sagen, der nicht testirt, sonder nur ein Codicill macht; und die DD. wollen gemeiniglich, daß auch ein Sohn weder Legata noch Fidei-Commiss machen könne. L. 1. §. 1. ff. de Leg. 3. L. Divus § Codicillos. ff. de jure Codicill. Mynſ. ad princ. Inst. h. t. n. 2. Sichard. ad rubr. Cod. eod. n. 9. Obwohlen mit Consens des Vatters er von Tods wegen eine Schanckung machen kan. Krafft des Text. in L. tam 15. in f. ff. de don. cauſ. mort. Idem Sichard. loc. cit. n. 9. aus Ursach, weil die Schanckung von Todswegen vilmehr ein Gattung der Contract ist, als eine Gattung des letzten Willen; daß aber ein Sohn mit des Vatters Willen contrahiren könne, zweifflet niemand. Andere Ursachen bringt bey Joan. Dauth. ad tit. qui test. fac. poss. n. 147. & seq. Berlich. lib. 3. concluſ. per tot. wo er n. 15. beysetzt, daß nicht nöthig seye, daß der Vätterliche Consens zur Schanckung von Todts-wegen in den Schanckungs-Act selbst einfliesse, sonder genug seye, wann solcher etwann der Schanckung vor, oder nachgehet, also daß der Vatter die vorgängige Schanckung approbirt, und der Sohn dabey verbleibt, aus Ursach, weil des Vatters Consens nicht als ein Solennität des Acts erfordert wird, sonder allein wegen des Vatters Præjudiz, damit er durch solche Schanck nicht beschädiget werde. Idem Berlich. loc. cit. n. 15. Mozz de contract. tit. de don. rubr. de person. inter quas &c. n. 9. Obwohlen diß nicht ohne Zweiffel ist. Covar. ad rubr. X. de testam. part.

5. Eine andere wichtige Frag ist, ob der Sohn zur Schanckung von Todts wegen den Special Consens des Vatters nöthig habe, oder ob genug seye, wann der Vatter ihm in genere den Consens gegeben, daß er über seine Sachen disponiren und testiren könne, wie er will. Und nachgehends zum Exempel der Sohn ein Testament macht, und solchem die Clausul beysetzt, daß solches gelten müsse auf alle bessere Weiß, wie geschehen kan? Gewiß dises Testament, thut besagter massen als ein Testament nicht gelten, weilen des Vatters Consens den Sohn zum Testiren nicht kan fähig, noch das Testament giltig machen: es gilt auch als ein Codicill nicht, weil der Sohn auch kein Codicill machen kan. Ist also die Frag allein, ob solches nicht gelten müsse, in Krafft einer Schanckung von Todts wegen, in Ansehung der beygesetzten Codicillar-Clausul, die sich auch auf die Schanckung von Todts wegen erstreckt, welche, wie wir erst gesagt haben, mit des Vatters Consens bestehen kan? Vile antworten mit Ja, wie zu sehen ist bey And. fach. lib. 5. controv. cap. 64. tyraq. tract. de Leg. cannub. Gloss. 7. n. 142. Jul. Clarus lib. 4. sent. §. donatio. quæst. 6. n. 9. andere antworten mit Nein, aus Ursach, weilen zu eines Sohns von Tods wegen machenden Schanckung des Vatters Consens in genere nicht genug ist, sonder ein Special-Consens erfordert wird. Cavar. loc. cit. n. 12. Reusner tract. de test. part. 2. cap. 28. n. 5. Joan. Dauth. tract. de test. n. 160. welch letztere Meynung auch wir mit Berlichio loc. cit. wahrhaffter zu seyn erachten, Krafft des L. filius familias 7. ff. de donat. wo ausdrucklich gesagt wird, daß dem Sohn das Verschencken nicht erlaubt seye, wann schon der Vatter ihm die freye Administration seiner Sachen gestattet hat. Die Ursach ist, weilen das Verschencken nichts als Verliehren ist, unter dem Titul freyer Administration aber wird das Verliehren nicht erlaubt, zudeme also, daß der Sohn etwas verschencken kan, ist nöthig, daß der Vatter mit Nahmen beysetze, daß er dem Sohn die freye Administration seiner Sachen also zulasse, daß er auch in specie verschencken könne, und in dem nachfolgenden §. 4. wird so gleich beygesetzt; aus gleicher Ursach aber, Krafft welcher dem Sohn das Verschencken verbotten ist, wird auch das Schencken von Tods-wegen verbotten. Dann obwohlen mit Willen des Vatters er von Tods wegen eine Schanckung machen kan, doch, wo der Willen des Vatters abgehet, ist auch dise Schanckung verbotten. Nun ist die Schanckung unter Lebendigen unter der General-Zulassung freyer Administration und Veräusserung nicht begriffen, also auch die Schanckung von Tods wegen auch nicht. Ja es fahrt der Text in §. 5. weiters fort mit den Worten, es gezimt sich zu erinneren, daß, wann einem auch das Verschencken zugelassen ist, wann nicht sonderheitlich auch das Schencken von Tods wegen erlaubt worden, solcher von Tods wegen nichts verschencken könne. Welches vil ist, weilen Krafft diser klaren Worten auch die Special-Zulassung der Schanckung sich auf die Schanckung von Tods wegen, welche doch favorabler ist, als die Schanckung unter Lebendigen, nicht erstreckt, wann solches nicht ausdrucklich erlaubt worden.

Ob aber ein Sohn ohne des Vatters Willen jene Güther von Tods wegen verschencken könne, woran der Vatter kein Nutz-Niessung hat? Die DD. seynd wieder nicht einig, einige sagen Ja, und andere unsers Erachtens sagen besser Nein; dann es ist allzeit ein allgemeine 6.

Regul, daß ein Sohn nicht allein vom Testament machen, sondern auch von Machung jedwederen letzten Willen ausgeschlossen seye, allein die Schanckung von Tods wegen ausgenommen, worzu doch des Vatters Special-Willen mit einschlagen muß, aus Ursach, weilen der Sohn, wann er schon einige ihm vollständig zugehörige Güther hat, doch die freye Administration derselben nicht hat: Es mögen also solche Güther seyn, was sie für eine seyn können (ausgenommen die castensia oder quasi castensia) gehört deren Administration dem Vatter zu, die Schanckung von Tods wegen aber ist ein Administrations-Act, der ohne des Vatters Willen auf keine Weiß kan in das Werck gesetzt werden, vid. Covar. loc. cit. Wo er zu Behuff beyder Meynungen mehrere Ursachen anführt, und die widrige schon widerlegt. Diß doch können wir villeicht zugeben, daß, wann ein Sohn eine fremde Sach mit des Herrn Consens von Tods wegen verschenckt, dise Schanckung villeicht gelten könne, nach Zeugnuß Berlich. loc. cit. n. 20. welcher für dise Meynung citirt de Jasonem in L. senium. Cod. qui test. fac. poss. n. 9.

7. Wir haben gesagt villeicht, weil solches sehr zweiffelhafftig ist, weil die Persohn des Sohns wegen Mangel freyen Stands nicht allein von Machung eines Testaments, sondern von Aufrichtung jedwederen letzten Willens, allein die mit des Vatters Willen gemachte Schanckung von Tods wegen ausgenommen, ausgeschlossen wird, doch ist unter beyden Fall, wann der Sohn testirt, oder ein Codicill gemacht hat, der Unterschied, daß des Sohn Testament nicht giltig werde, wann er hernach als ein gewordener Hauß-Vatter solches neuerlich approbirt hat. Manz de testam. tit. 2. n. 115. & seq. Mynsing. ad hunc tit. Inst. n. 7. (was immer zum Widerspiel wegen dem Soldaten Testament in §. sed si quis Inst. de milit. testam. verordnet wird) doch das vom Sohn zuvor nichtig gemachte Codicill giltig werde, wann er solches nach Entlassung aus Vätterlichen Gewalt neuerlich approbirt hat. dict. L. 1. §. sed si 1. ff. de leg. 3. Wo gesagt wird, wann aber ein Sohn, oder Knecht ein Fidei-Commiss hinterlassen hat, so gilt solches nicht, wann sie jedoch entlassen und manumittirt worden, so sagen wir standhafft, daß das hinterlaßne Fidei-Commiss anscheine, als wann es zu Sterb-Zeit gleichsam gemacht worden wäre, nemlich wann der Will gedaurt hat, biß nach der Entlassung, das ist, nach der Emancipation. Dessen ist die Ursach, weilen die Codicill leichter bestättiget werden, als die Testament. Gloss. ad. dict. L. 1. sub litt. R. weil in denen Codicillen, in welchen allein blosse Legaten, und Fidei-Commiss hinterlassen werden, allein der blosse Willen angesehen und gehalten wird, welcher wann nachfolgt, das Codicill confirmirt wird. L. a fratris 127. ff. de leg. 1. Mynsing. loc. cit. in fin. princ. n. 10. Welches doch also zu verstehen ist, daß die von einem Sohn vermachte Legata und Fidei-Commiss nach der Entlassung vom Vätterlichen Gewalt durch Approbation und neue Willens Erklärung bestättiget werden, wann solche in einem besonderen Codicill vermacht worden, dann die in des Sohns Testament vermachte Legata und Fidei-Commiss werden durch die Approbation und neue Willens-Erklärung so wenig confirmirt, als wenig, wie wir gesagt haben, das Testament selbsten giltig wird, die Ursach gibt Ulpianus in dict. L. 7. Wo er sagt, es wird ja niemand glauben, daß wir diß in Testamentern approbiren werden, weilen im Testament nichts gilt, so offt das Testament ungiltig ist. Warumen aber eines Soldaten vor der Expedition gemachtes Testament nachgehends durch neue Willens Erklärung bestättiget werde, aber eines Sohns Testament nicht: Ist die Ursach an sich selbsten klar, weil diß etwas besonders in des Soldaten Testament ist, daß allein sein Will angesehen werde, welcher auch nachgehends darzu kommen kan. In dem Testament eines anderen aber kleckt der blosse Will allein nicht, sondern es wird ein zierlicher Will erfordert. Mauz. loc. cit. n. 119. wo er mehrere Ursachen anführt.

Was ist aber Rechtens, wann der Vatter, dessen Consens den Sohn zum Testament machen nicht fähig herstellen kan, ihne für solche Zeit, biß er das Testament gemacht hat, emancipirt und des Vätterlichen Gewalts entlassen will? 8.
Und wir antworten, diß seye umsonst, weil niemand zum Theil ein Knecht, und zum Theil frey seyn: Oder zum Theil nemlich was den Act Testament zu machen betrifft ein Hauß-Vatter, und zum Theil das ist, was andere Act betrifft ein Sohn seyn kan. L. si tibi 34. ff. de adopt. Wo gesagt wird, wann dir ein Sohn zur Adoption mit dem Geding gegeben worden, daß du solchen nach 3. Jahren mir wieder zur Adoption gebest, ist gefragt worden, ob deßwegen ein Action entspringe? Und Labeo vermeynt, es entspringe kein Action. Es kommt auch unsern Sitten nicht übereins,

eins, auf eine Zeit einen Sohn haben, welches ein gutes zur Sach zeitlich dienendes Argument ist, daß, gleichwie einer auf ein gewisse Zeit nicht Sohn seyn kan, also auch nicht Sohn seyn kan nur in gewissen Sachen. Wie gar schön redet Gloss. ad Joan. Dauth. tit. qui test. fac. poss. Litt. X. n. 150. Gewiß, daß einer zu gleicher Zeit in des anderen Gewalt, und doch eignen Gewalts seye, daß kan das Gesatz einführen durch eine Fiction, nicht aber ein privat Mensch. vid. Text in L. 1. circa fin. princ. Cod. de latin. libert toll. L. si pariter 9. in f. L. duobus 30. Cod. de liber. caus. L. libertas 31. & L. ideòque 34. Cod. de manum. testam. Uber welche Fiction zu lesen ist. Gloss. marg. in L. 13. Cod. de sent. pass.

9. Noch mehr ist eine gemeine Meynung, daß auch eines Sohns Testament gäntzlich nichtig seye, wann er über seinen Stand in Zweiffel stehet, oder irrig ist. Dann daß einer testiren könne, wird erfordert, daß er gewiß wisse, daß er freyen Gewalts seye, Idem Dauth. loc. cit. n. 151. Es thut ihme auch die gemeine Meynung, Krafft welcher er für einen Hauß-Vatter gehalten wird, wenigist in Judicio petitorio nicht entschuldigen. Idem Dauth. loc. cit. Tyraquell. de leg. connubial. n. 159. Ja wann einer nicht gewußt hat, daß er ein Hauß-Vatter seye, und nichts destoweniger ein Testament gemacht hat, ist solches ungiltig, wann schon nachgehends bekannt ist, daß er zur Zeit des gemachten Testaments fähig und eignen Gewalts gewesen seye, über welch alles kan gelesen werden Dauth. loc. cit. wo er mehr andere anziehet, und viles de errore probabili & supino disputirt, wohin wir den Leser anweisen, damit wir nicht zu weit von unsern Articul auslauffen.

10. Nun um wieder auf die wegen des Sohns gemachte Regul zuruck zu kehren, daß er nicht testiren könne, setzen wir den ersten und fürnehmsten Absatz, daß ein Sohn über die Bona castrensia oder quasi testiren könne. Aus Ursach, weilen er in solchen für einen Hauß-Vatter gehalten wird. Welche Güther aber Bona castrensia oder quasi castrensia genennt werden, haben wir ausgelegt bey dem ersten Art. 3. Tit. der Land-Recht, wohin man sich begeben muß. vid. Text in princ. Inst. quibus non est permiss. fac. test. L. filiifamilias 34. in princ. ff. de petit. hæred. L. bona 3. §. de bon. possess. L. 2. ff. ad S. C. Maced. L. 2. ff. de cast. pecul. Und zwar auch wider des Vatters Willen. Wesenbec. in parat. n. 2. ff. de cast. pecul. Idem ad S. C. Maced. n. 4. Und sie mögen noch würcklich in Kriegs-Diensten, oder ehrlich davon entlassen seyn. Dann obwohlen dise Erlaubnuß über die Bona castrensia zu testiren zu Anfang nur denen streittenden Soldaten gegeben worden, so ist doch sowohl unter Authorität des Kaysers Augusti, als Nervo, und des gütigisten Kaysers Trajani, nachgehends aber mit Unterschrifft des Divi Hadriani auch denen abgedanckten Söhnen (von welchen der Text redet) dise Freyheit zugelassen worden, sagt Kayser Justinianus in dict. princ. Inst. quib. non est permiss. fac. test.

Wir haben gesagt die ehrlich entlassen seynd, dann weilen dise Freyheit wegen Gedächtnuß vorigen Kriegs, und Wohlverhalten ertheilet wird, so kan solche jenen nicht zustehen, welche mit Spott und Schand davon gejagt worden. L. testamentum 26. §. 1. ff. de milit. testam. Und das, was wir jetzt gesagt haben von denen Bonis castrensibus, ist auch zu verstehen vom Peculio quasi castrensi, dergleichen ist, welches einer durch Verwaltung eines Stands, oder Amts erwirbt. Die Rechts-Gelehrten wegen ihren Professurn, und Advocirn, die Medici wegen Curirung der Leuth, die Notarii durch Errichtung der Instrumenten: Durch Profitiren, und Advociren, und in anderen Weeg durch Lehrnung freyer Künsten, eigne Geschicklichkeit, und daher rührende redliche Besoldung überkommen. Wie unser Articul redet, vid. Text in §. fin. Inst. de milit. testam. L. fin. Cod. qui testam. fac. poss. L. ult. Cod. de inoffic. testam. L. bona 3. §. dari ff. de bon. possess. Gleichwie aber wir kurtz zuvor von denen Soldaten gesagt haben, daß sie diser Freyheit nicht würdig seynd, welche mit Schand und Spott darvon gejagt worden, also auch ist wegen denen Räthen, Doctorn, Medicis, Advocaten, Notarien und dergleichen Persohnen kaum ein Zweiffel zu machen, daß sie nemlich, wann sie von ihrem Amt wegen übel Verhalten entsetzt worden, dise Freyheit über die Bona quasi castrensia zu testiren verliehren, weil sie aus deme, was Straff würdig ist, kein Gutthat geniessen sollen. Wie sagt Gottofredus ad L. testamentum 26. ff. de milit. testam. welche für jene wohl zu mercken ist, deren Söhn durch ihre mit vilen Kösten der Eltern erhaltene Studia zu Aemter gelangen, und sich offt so schlecht verhalten, daß sie mit offentlicher Schand entsetzt werden. Unter das Peculium quasi castrense zehlen die DD. gemeiniglich

lich auch jenes, was die Fürsten wegen Wohlverhalten denen Söhnen schencken. Dann gleichwie der Vatter an dem vom Fürsten dem Sohn geschenckten die Nutz-Niessung nicht erlangt, L. cùm oportet 6. §. cùm autem 3. Cod. de bon. quæ lib. Also auch werden der Fürsten Schanckungen denen Bonis castrensibus vel quasi gleich gehalten, also daß dem Sohn darüber zu testiren völliger Gewalt zustehet. L. cùm multa 7. Cod eod. Dann damit (sagt alldort Justinianus) sonsten die Kaysers. Würde all andere übersteiget, also geziemt sich auch daß die Fürstliche Schanckungen etwas besonderes haben.

11. Weiters wollen einige, daß auch ein Sohn über andere seine Güter, welche weder castrensia, noch quasi castrensia seynd, alsdann ein rechtmässiges Testament machen könne, wann sein Vatter wegen Verbrechen relegirt worden, weil er das Burgerliche Recht verliehrt, und seine Kinder nicht mehr in seinen Gewalt stehen, und darfür gehalten wird, als wann er gestorben wäre. §. 1. Inst. quib. mod. pat. potest. solv. Lese, was wir gesagt haben bey dem 3. Tit. 2. Articul der Land-Recht. Und obwohlen Ant. Perez in Cod. ad h. t. n. 4. vermeynt, daß, wann der Vatter in alten Stand eingesetzt wird, des Sohns zwischen solcher Zeit gemachtes Testament wieder zerfalle, weil der Vatter durch die Restitution, den durch die Deportation oder Relegation verloschnen oder vilmehr suspendirten Vätterlichen Gewalt wieder erhaltet, so scheint doch, disem entgegen zu seyn der Text in L. in quæstione 13. Cod. de sent. pass. Wo gesagt wird, bey der Frag eines Testaments, welches ein Sohn eines Deportirten, im Ruck-Weeg des Vatters gemacht hat, gilt nach hindan gesetzter Meynung des Ulpiani und Pauli, des Papiniani Sentenz daß der Sohn in des Vatters Gewalt seyn soll, welcher in alten Stand wieder eingesetzt worden, doch also, daß jenes, was der Sohn mit rechtmässigen Alter gethan hat, Krafft haben soll, wann schon er wieder in des Vatters Gewalt eintritt, damit nicht durch dessen Umstossung verursacht werden, daß zu einer Zeit einer weder in des Vatters, noch in eignen Gewalt gewesen seye (welches ja gar absurd wäre. Auf disen Text aber wird leichtlich geantwortet, daß solcher allein von denen unter der Zeit vom Sohn geschloßnen Contracten rede, daß es müssen solche gelten, damit nicht dise Absurdität erfolge, wovon der Text redet, daß einer zu gleicher Zeit weder in eignen, noch in des Vatters Gewalt gewesen. Ein anderes ist, wann unter der Zeit der Sohn ein Testament gemacht hat, weilen solches durch Ankunfft des Vatters umgestossen wird, wie die Glossa ord. ibidem sub litt. C. redet, oder wie in Summario zu lesen, irridirt wird, weilen das Testament sich dahin verfällt, wo es keinen Anfang hat nemmen können.

Ein anderes ist, wann ein Sohn ein Testament macht, da sein Vatter in der Gefangenschafft bey denen Türcken und Saracenern ist. Aus Ursach, weilen, so lang der Vatter in der Gefangenschafft ist, der Sohn vom Vätterlichen Gewalt nicht frey wird, gleichwie in dem Casu, wo der Vatter deportirt ist; Dann jener, der wegen Verbrechen deportirt worden, wahrhafft die Burgerliche Recht verliehrt, der Gefangene aber solche behaltet, biß er zuruck kommt, also daß unterdessen der Sohn genennt wird, seines Stands ungewiß zu seyn. Wir haben aber schon oben gesagt, daß einer, der seines Stands ungewiß ist, nicht testiren könne, weil er kein Hauß-Vatter ist, niemand aber Krafft der Gesätz testiren kan, er sey dann ein Hauß-Vatter. Suarez. com. opin. litt. F. n. 191. & litt. T. n. 28. Gross. vers. test. quæst. 23. n. 7. Wann also, da der Vatter wieder zuruck kommt, gefunden wird, daß der Sohn ein Testament gemacht hat, so erlöscht solches, und ist von Rechts wegen nichtig. Dann es wird fingirt, daß der Sohn allzeit in des Vatters Gewalt gestanden, so lang der Vatter in der Gefangenschafft gewesen. Und deßwegen folget, daß, wann der Vatter in der Gefangenschafft stirbt, des Sohns Testament, so er zur Zeit der Gefangenschafft des Vatters gemacht hat, giltig seye, weilen das Cornelianische Gesatz fingirt, daß der Vatter gestorben seye, ehe er in den Gewalt der Feinden kommete, Krafft dessen ja der Sohn eignen Gewalts worden wäre. Wir haben geredt von einem bey dem Türcken und Saracenern gefangenen Vatter, dann gleichwie bey denen Christen heut zu Tag die Gefangene keine Knecht mehr werden, auch die Freyheit oder Burgerliche Recht nicht verliehren, also ist an sich selbsten klar, daß, wann bey denen Christen der Vatter in Gefangenschafft stehet, der Sohn lediglich über seine Güther, die nicht privilegirt seynd, testiren könne. Manz. de testam. tit. 2. n. 147. & seq. 12.

Was ist aber Rechtens, wann der Vatter in ein Closter gehet, kan wohl der Sohn alsdann ein Testament machen? 13. Und wir antworten mit Ja, wann er nem-

nemlich die Profession abgelegt hat, wellen gesagt wird, daß er durch die Profession Burgerlich absterbe, der Tod aber lößt den Vätterlichen Gewalt auf, und macht daß der Sohn eignen Gewalts werde. Manz commun. opin. verb. filius n. 2. Boër. decis. 121. n. 11.

14. Was ist aber Rechtens, wann der Sohn Geistlich und Priester wird? Und wir antworten, man müsse zuruck auf den 3. Titul 2. Art. der Land-Recht gehen, wo ausgelegt worden, ob die Geistlichkeit den Vätterlichen Gewalt auflöse oder nicht. Dann wann durch Erhaltung der heiligen Weyhungen der Sohn vom Vätterlichen Gewalt frey wird, wie die Söhn durch die Verheyrathung frey werden, so ist die Sach an sich selbsten klar, daß ein Priester und Welt-Geistlicher den völligen Gewalt über all seine eigne Güther zu testiren erlange, nicht anderst, als wann er wäre emancipirt worden; wann aber die Geistlichkeit den Vätterlichen Gewalt nicht auflößt, wie wir dort gesagt haben, ausser villeicht in dem Fall, da der Geistliche vom Vätterlichen Härt völlig abgesöndert ist, alsdann ist auf einen dreyfachen Unterschid der Güther zu sehen, ob nemlich ein solcher Geistlicher allein Kirchen-Güther habe, welche er aus dem Beneficio bekommen hat? Und über solche kan er dem gemeinen Recht nach, ausser was die Gewohnheit mit sich bringen möchte, nicht testiren, weil die Früchten der Beneficien dem Geistlichen Recht nach der Kirchen zuruck fallen, oder dem Altar, in Ansehung dessen sie erworben worden: Oder hat Güther, welche nach erhaltner Geistlichkeit anderst woher, als von Geistlichen Beneficien erlangt hat, und dise werden für Bona castrensia oder quasi gehalten, daß also einem solchen Geistlichen das Testament machen nicht benommen werden kan, also daß, wann der Vatter selbsten disem seinem Geistlichen Sohn, der in Vätterlichen Gewalt stehet, in Ansehung des Geistlichen Stand etwas gegeben, oder geschenckt hat, der Sohn darüber vollständige Herrschafft, und Gewalt als gleichsam über Bona castrensia zu testiren erhalten hat. Oder 3. ein Geistlicher Sohn macht ein Testament über die Bona adventitia, welche er von Erhaltung der heiligen Weyhungen erworben hat? Und über solche kan er nicht testiren zu Præjudiz des Vatters, dem die Nutz-Niessung zustehet. Covar. ad cap. 1. n. 13. & ad cap. 9. n. 1. Gross. loc. cit. quæst. 25. n. 7. Suarez. comm. opin. litt. C. n. 99. Pinell. part. 2. ad L. 1. de bon. matern. n. 43. Wo er sagt, daß dem Recht widerstrebe, daß das Privilegium eines Geistlichen Sohns dem Vatter die Nutz-Niessung benemmen soll, welche er vor der Sohn Geistlich worden, gehabt hat. Ja wann nicht supponirt wird, daß durch Nemmung der heiligen Weyhungen Gewalt aufgehebt werde, so sagen wir weiters, daß er auch über das Eigenthum solcher vor dem Geistlichen Stand erworbener Güther letztwillig nicht disponiren könne, weilen, was dise Güther betrifft, er ein Sohn verbleibt, und freyen Stands nicht ist, und also nicht testiren kan.

Ob aber ein Sohn etwas zu milden Wercken, oder zur Seelen-Heyl mit oder ohne des Vatters Consens in denen ihme vollständig zugehörigen Güthern, oder solchen, woran der Vatter die Nutz-Niessung hat, testiren, oder hinterlassen könne, hierüber fechten die DD. gegen einander hefftig, wegen unterschiedlicher Auslegung des cap. fin. §. ult. de sepult. in 6. Uber welche Frag der geneigte Leser sehen kan den Tyraq. in tract. piæ caus. Dauth. ad tit. qui testam. fac. poss. n. 162. Vasquez de success. creat. lib. 3. §. 22. Barrii de test. lib. 1. tit. 4. n. 12. Wir lassen diß gern zu, daß, obwohlen mehrere der Meynung seynd, daß eines Sohns zu Favor eines milden Wercks mit oder ohne des Vatters Consens errichtetes Testament nicht gelte, solches doch nach des Vatters Tod aus neuen Willen seines Sohns, der eignen Gewalts worden, giltig, oder vilmehr bestättiget werde. Aus Ursach, weilen, obwohlen wir oben das Widerspiel gesagt haben von eines Sohns zu Favor Weltlicher Sachen gemachten Testament, weilen jedoch bey Vermachung zu milden Wercken allein des Sohns blosser Willen angesehen wird, und nicht die Solennitäten, und Gipffel des gemeinen Rechts, so sagen wir gantz recht, daß solches durch des Sohns neuen Willen nicht anderst giltig gemacht werde, als eines Soldatens Testament oder Codicill, so ausser dem Testament gemacht worden, wovon wir kurtz zuvor geredt haben. Barrii loc. cit. n. 12. ad fin. Und diß soll gesagt seyn von der ersten Gattung deren, so nicht testiren können, das ist, von denen im Vätterlichen Gewalt stehenden Söhnen. 15.

Die andere Gattung seynd die impuberes, das ist, die das 14. oder 12. Jahr noch nicht erfüllet haben: Welche Verordnung über eins kommt mit dem L. si frater 4. Cod. qui test. fac. poss. L. si Filiusfamilias. 15. & L. quâ ætate ff. eod. §. prætereà. Inst. quib. non est permiss. wegen 16.

wegen Mangel vollständigen Verstands. Und diß wird so weit erstreckt, wann schon ein solcher oder solche nächst bey Erfüllung des 14. oder 12. Jahrs ist, und anscheint, mehr Witz als Alter zu haben, weilen solcher Witz, um ein Testament zu machen, für gar zu gebrechlich, unkräfftig, und untauglich gehalten wird. In Conformität dessen, was Kayser Justinianus in L. fin. Cod. de test. milit. sagt, unwürdig zu seyn, daß jener, der noch keinen reiffen Verstand erlangt hat, solte thun können, was gescheide Leuth thun, daß aus einer solchen Erlaubnuß villeicht denen Elteren, oder anderen Befreundten geschadt werde, da ein solches Kind sein Vermögen Fremden vermacht. Und obwohlen einige vor anderen den reiffen Verstand später oder früher erlangen, so wird doch dem gemeinen Recht nach verordnet, und ein gewisse Zeit angesetzt, nemlich bey Manns-Persohnen das vierzehende Jahr, bey Weibs-Bilderen aber das zwölffte, und zwar müssen solche Jahr erfüllet seyn L. 5. ff. qui test. fac. poss. Welches auch unser Articul approbirt: Damit nicht nöthig seye eine Inspectionem corporis anzustellen. Welches die Cassiani zur Zeit des Flavii Vespasiani wider die Proculianer defendirt haben. Vide den Concium. lib. 1. lect. cap. 12. welche Inspection unverschamt anscheinete. L. fin. Cod. quando tut. vel curat. esse desin. Text in princ. & §. 1. Inst. quib. mod. tut. fin. Vor Altem zwar wurde aus einer besonderen Freyheit nemlich in jenem Fall einem Pupillen das Testament machen erlaubt, wann derselbe ein Obrist über die Soldaten worden. L. fin. Cod. de testam. milit. Dann solche und andere Soldaten-Würden vor Altem, wie noch heut zu Tag denen Kinderen unter 14. Jahren, absonderlich denen von Adel Gebohrnen mitgetheilt wurden, in Ansehung solcher Soldaten-Würde, so gleichsam das Alter ersetzte, ihnen das Testament machen erlaubt wurde, aber dise Erlaubnuß ist von Kayser Justiniano in dict. L. fin. aufgehebt worden, weil er darfür hältete, nicht thunlich zu seyn, daß, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, in so zarten Jugend denen Söhnen erlaubt seyn solle, bey noch nicht reiffen Verstand Elteren, oder anderen Bluts-Freunden zu Schaden, daß sie ihre Mittel Fremden vermachen. Und gantz recht, weilen zu jetzigen Zeiten diser Mißbrauch, da die Soldaten-Würden denen jungen Leuthen gegeben werden, so weit gekommen, daß die noch in der Wiegen liegende Kinder schon den Titul eines Hauptmanns tragen, welche, weil sie nicht reden können, ja zum Testament machen nicht tauglich seynd.

17. In so weit aber ist wahr, daß eines nicht 14. oder 12. Jahr alten Kinds Testament nicht gelte, wann solches schon eines Doli fähig ist, oder sonst so witzig und gescheid, daß selbes für fähig gehalten werden könnte, weil die Recht auf jenes nicht sehen, was selten geschieht. Vivius comm. opin. vers. pupillus. n. 7. Dauth. ad tit. qui testam. fac. poss. n. 143.

18. Ja es gilt kein Statutum, kein Gewohnheit, noch des höchsten Fürsten Rescript, in welchem einem Pupillen die Erlaubnuß zu testiren zugeeignet wird, verstehe, wann der Will und Verstand abgehet, dann, wann man setzt, der Pupill seye eines Doli fähig, und nächst bey der Pubertät, so kan sowohl ein Statutum, Gewohnheit als ein Fürstliches Rescript solchen zum Testament fähig machen. Dilect. durandus de art. test. tit. 1. caut. 5. Vasquez de success. progress. lib. 1. §. 1. n. 104. & seq. Dauth. loc. cit. n. 143. Wann aber gesagt werde, daß der Pupill eines Doli fähig, oder nächst an der Pubertät seye, erklärt weitläuffig Menoch. de arb. Jud. lib. 2. cent. 1. casu 57. n. 41. & seq.

19. Es thut auch zur Sach nichts, wann der Pupill einen Vormunder gehabt hat, welcher über das Testament machen seine Authorität beygelegt hat. L. 1. §. 1. ff. de tutel. & Rat. distrach. Weil der letzte Will von eines anderen Will und Authorität nicht abhangen kan. L. illa ff. de hæred. Inst. Und kan auch das Recht des Testaments in jene Zeit nicht überschoben werden, wo einer nicht mehr Vormunder seyn wird: Dann das Testament hat keine Krafft vor dem Tod, sondern wird erst durch den Tod des Testirers bestättiget. L. 4. ff. de adim. legat. Durch den Tod des Pupillen aber wird die Vormundschafft geendet, und hört dessen Vormunder auf Vormunder zu seyn. Sichard. ad rubr. Cod. qui test. fac. poss. n. 6. Manz de test. tit. 2. n. 55. Es wird auch des Pupillen Testament nicht giltig, wann er schon nachgehends die Pubertät erreicht hat. §. præterea. Inst. quib. non est permiss. L. 19. ff. qui testam. fac. poss. Dann es wird allzeit bey jenem, der testirt, zur selben Zeit, wo er das Testament macht, vollständiger Verstand erfordert, L. 2. ff. eod. Manz. loc. cit. n. 56. Und was zu Anfang nichtig ist, kan mit der Zeit nicht giltig werden. Dauth. loc. cit. n. 144. Und allda Gloss. margin. sub litt. C.

Duaren.

Duaren. ad rubr. de his, qui test. fac. poss. Manz. loc. cit.

20. Ob aber eines Pupillen Testament durch einen Eyd bestättiget werden könne, absonderlich wann er eines Doli fähig, und der Pubertät nächstens ist? Das ist zu lesen bey Vivio comm. opin. verb. pupillus n. 9. Villalob. comm. opin. litt. I. n. 15. dilect. Durand. in art. test. caut. 5. Wann er nicht zu Favor Weltlicher, sondern wenigist zu Favor einer milden Stifftung oder Wercks das Testament gemacht hat. Wovon weitläuffig handlet, Manz. loc. cit. n. 53. & 59. Wohin wir den Leser anweisen, weil wir uns dergleichen Theologischen Sachen nicht annemmen: Eben aus diser Ursach überschreitten wir auch jene Fragen, welche gemeiniglich gestellt werden wegen denen München, die in ein Religion eintretten, oder eingetretten und die Profession abgelegt haben, deren Clöster-Mittel besitzen können, oder nicht: Die ihnen Mittel vorbehalten oder nicht: Welche zu grösserer Würde, zum Exempel Bischöfflichen oder Ertz-Bischöfflichen Dignität gelangt, die den Habit annemmen, oder verlassen, die in Clöstern wohnen, oder nach verlassenen Closter mit oder ohne Consens der Vorgesetzten wieder zum Weltlichen Leben schreitten: Von Testamentern der München, so vor der Profession, oder zuvor in Weltlichen Stand, oder im Noviciat gemacht worden. Von den Testamentern der Eremiten, und der Jesuiten, welche nur simplicia, und nicht formata vota haben: Von Testamentern der Religiosen, so zu milden Wercken oder unter Kinder vor oder nach der Profession gemacht worden: Und dergleichen, welche Fragen alle wir nicht berühren, damit unser Buch nicht zu groß werde. Wir schreitten nun zur Zeit, die der Pubertät vorgeschriben worden.

21. Und sagen weiters, daß die Zeit der 12. oder 14. Jahren so genau nicht zu nemmen seye, daß sie von Augenblick zu Augenblick angerechnet werde. Dann obwohlen sonsten die Minder-Jährigkeit alsdann erst für complet eracht wird, wann das 25te Jahr völlig erreicht und erfüllt worden. Text in L. non putabam. ff. de condit. & demonst. & L. 3. §. minorem ff. de min. Und bey Verjährungen die Obligation nicht geendet wird, wann nicht der letzte Tag gantz erfüllet wird. L. in omnibus 5. ff. de diverſ. temp. præscript. Und eben diß in unsern Bayrischen Statuten enthalten ist von der Zeit zu Introducirung der Appellation, oder Revision. Tit. 9. Art. 1. des Summarischen Process. und Art. 3. So ist doch in diser unser besonderen Materi von Berechnung der Impubertäts-Jahren, was das Testament machen betrifft, nicht nöthig, daß das Weibs-Bild das zwölffte und die Manns-Persohn das vierzehende Jahr überstiegen habe, sondern ist genug, daß solche Zeit erfüllet worden. L. 5. ff. qui test. fac. poss. Wo Ulpianus sagt, wann einer den 1. Jenner gebohren, und am Geburts-Tag im 14. Jahr ein Testament gemacht hat, daß solches gelte. Welches alldort weiters also extendirt wird, daß, wann das Testament gemacht worden, in der Nacht vor dem 1. Jenner nach der 6. Stund (welche bey uns die zwölffte Nachts Stund ist) solches gelte. Und dessen ist die Ursach, weil in favorableren Sachen der angefangene Tag für erfüllt gehalten wird, bey gehässigen Sachen aber, und in jenen Fällen, wo um des anderen Præjudiz zu thun ist, erfordert wird, daß der Tag von Augenblick zu Augenblick erfüllt worden seye, das Testament machen aber ist ohne Anstand gar favorabel Krafft des Text in L. 12. ff. de R. J. & L. 1. Cod. de SS. Eccles. Gar schön legt dise Materi aus Joan. Dauth. ad tit. qui test. fac. poss. n. 146. & Gloss. ibidem ad litt. H. I. K. L. M. N. O P. Q. Wo das ist, sub litt. Q. mit Duareno und Cujacio angemerckt wird, daß bey der Usucapion alle Augenblick in Betracht gezogen werden, bey denen Præscriptionen aber wird erfordert, daß die gantze Zeit erfüllet seye L. in usucapione. 15. ff. de diverſ. temp. præscript. Eben aus diser Ursach, daß die Usucapion favorabel seye, die Præscription odios. Wir nennen die Usucapion hier die ordinari Præscription von 3. 10. und 20. Jahren, die Præscription aber, welche von 30. oder 40. Jahren ist. vid. Cujac. ad. dict. L. 15. & ibi Gloss. ord. & supermarg. sub litt. A. B. C. Wann erlaubt heilige Sachen mit Weltlichen zu vergleichen, so haben wir ein Exempel bey der Auferstehung unsers Seeligmachers JEsu Christi, der von Todten auferstanden am dritten aber nicht im completen Tag, sondern in dessen Anfang nach dem ersten Augenblick, wie glaublich ist, der 6. Stund, welche bey uns die nächtliche zwölffte Stund ist, in der Nacht vor dem Ostertag.

Wir haben zwar kurtz zuvor gesagt, 22. daß weder durch ein Statut, oder Gewohnheit eingeführt werden könne, daß eines Pupillen Testament gelte, das ist, welcher eines Doli nicht fähig, und nicht sattsam reiffen Verstand hat: Daß dises Statutum aber, welches die Pubertäts-

Jahr erweitert, und erst zum Exempel im 18ter Jahr das Testament machen erlaubt, ist giltig, Ant. Perez: ad h. t. n. 1. welches auch räthlich wäre, weil wahrhafft zu jetzigen letzten Zeiten und absonderlich in denen gegen Mitternacht liegenden Orten die Menschliche Natur spätter zeitiget, daß ich offt mich verwundert hab, warum unsere Land-Recht die Zeit zur Majorennität um 4. Jahr abgekürtzet haben, wo doch in hitzigeren Ländern noch heut zu Tag die 25. Jahr genau beobachtet werden.

23. Die 3. Gattung ist, welche kein Testament machen können, nemlich die Unsinnige, Verruckte, und welche nicht beym Verstand seynd, der Sinn-losen, die den Gebrauch ihres Verstands nicht haben. §. præterea 1. Inst. quib. non est permiss. L. Filiusfamilias ib. §. 1. ff. & L. 9. Cod. eod. L. 1. §. exigit ff. de bon. possess. secund. tab. Die Ursach ist enthalten in L. 2. ff. eod. Weilen in jenem, der ein Testament macht, zur selben Zeit, wo er das Testament errichtet, vollständiger Verstand erfordert wird. Dann weilen ein Sinn-loser keinen Willen hat, L. furiosi 20. ff. de R. J. Wie kan gesagt werden, daß er einen letzten Willen machen könne? Und diß ist in so weit wahr, daß ein Sinn-loser nicht einmahlen zu guten Wercken testiren kan. Vivius comm. opin. verb. Notarius 373. Jul. Clar. §. testam. quæst. 5. n. 5. Suarez comm. opin. litt. F. n. 414. Aus Ursach, weil der Favor der milden Wercken allein den Abgang der Solennitäten ersetzt, nicht aber den Mangel des Verstands und des Willens. Clar. loc. cit. n. 5. Es gilt auch eines Sinn-losen Testament nicht, wann er schon alles recht
24. und gescheid verordnet, die Söhn als Erben eingesetzt, denen, so es verdient, Legata vermacht, und alles wie ein gescheider Mann angeordnet hat. Viv. loc. cit. §. fallit. Duaren. loc. cit. §. diximus. Obwohlen andere das Widerspiel behaupten, aus Ursach, weilen solcher Sinn-loser Mensch, der wie ein gescheider Mann testirt hat, darfür gehalten wird, testirt zu haben in der Zeit, wo er beym Verstand gewesen. Gramm. decis. 73. n. 36. & seqq. Welche zerschiedene Meynungen man leicht vereinigen wird, daß nemlich des Duareni Sentenz wahr seye, wann aus denen Umständen sich ergibt, daß zur Zeit des gemachten Testaments noch Kenn-Zeichen der Unsinnigkeit übrig gewesen, und daß vilmehr aus einen Zufall das Testament gescheid gemacht worden seye, als mit überlegten Gemüth. Der ander Sentenz kan behalten werden, wann der Unsinnige zur Zeit ruhig gewesen, und an ihm kein Zeichen der Unsinnigkeit erhellet ist. Im Zweiffel aber wird niemand unsinnig zu seyn præsummirt, sondern, daß das Widerspiel sagt, das muß die Unsinnigkeit probiren. Mynſ. ad §. 1. Inst. quib. non est permiss. n. 7.

Wie aber die Unsinnigkeit probirt 25.
werde, ist zu lesen bey Mynſ. loc. cit. n. 8. & cent. 2. n. 91. und Menoch. præsumpt. 46. n. 22. & seqq. Ja es kan ein Sinn-loser nicht einmahlen durch ein Statut, oder Gewohnheit, noch auch durch des höchsten Fürsten Rescript zum testiren fähig gemacht werden, Mauz de test. tit. 2. n. 62. Aus Ursach, weilen das natürliche durch Menschlicher Beyhülff nicht ersetzt werden kan. §. sed naturalia Inst. de I. N. G. &c.

Was ist aber Rechtens, wann ein 26.
Sinn-loser ein Testament gemacht hat, ehe er in die Tobheit verfallete? Und wir sagen, solches seye giltig. §. 1. Inst. quib. non est permiss. L. qui testamento 20. §. ne furiosus 4. ff. eod. L. 1. §. si quis autem ff. de bon. poss. secund. tab. Die Ursach ist, weilen weder ein Recht gemachtes Testament, noch ein anderes verrichtes Geschäfft die überfallende Tobheit aufhebt, oder zernichtet; Eben eins ist, wann der Sinn-lose in jener Zeit ein Testament 27.
gemacht hat, wo er dilucida Intervalla gehabt, und die Tobheit klar und hell nachgelassen hat, dann ein solcher hat mit Recht testirt, dict. §. 1. Inst. h. tit. & L. 9. Cod. eod. Wo der Kayser Justinianus sagt, daß wann er aber zur Zeit, da er dilucida Intervalla gehabt, ein anderes Testament oder anderen letzten Willen hat machen wollen, und diß mit gesunden Gemüth angefangen und geendet hat, wo dise Kranckheit nicht entzwischen gekommen, solches Testament oder anderer letzter Will gelte, wann auch all anderes mit unterloffen, was zu dergleichen Sachen erforderlich ist. Wir haben gewann klare und handgreiffliche dilucida Intervalla unterloffen seynd, weilen, obwohlen zu Zeiten der Wuth ruht, doch nicht gleich gesagt werden kan, daß der Testirer zur alten Gemüths Gesundheit gelangt seye. Duaren. loc. cit. §. diximus. Recht aber sagt Justinianus in vorgehenden Worten, wann der Sinn-lose mit gesunden Gemüth das Testament zu machen angefangen, und vollendet hat, dann, wann unter dem Testiren die Wuth wieder kommen, so ist das Testament nichtig und ungiltig. L. 9. Cod. qui test. fac. poss. Die Ursach ist, weilen ein Testament ein ohnunterbrochne und untheilbare Sach ist, daß das Nutzliche mit dem Unnutzlichen verderbt wird. Sichard ad rubr.

rubr. Cod. qui test. fac. poss. n. 15. Also zwar, daß so gar alsdann das Testament nicht gilt, wann es mit gesunden Gemüth angefangen, und vollendet worden, aber Mittel unter dem Testament machen der Wuth ankommen ist. Ant. Perez. ad h. t. n. 1. Mauz. loc. cit. n. 5. 4. Aus Ursach, weilen ein solches Testament nicht kan gesagt werden, daß es in einem ohnunterbrochnen Act gemacht worden, welches doch obbesagter massen als eine Wesenheit eines Testaments erfordert

28. Aber für Sinn-lose und Verstands Beraubte seynd nicht zu halten jene, welche eines simplen schwachen, und härteren Verstands seynd, sondern es muß probirt werden, daß sie gar keinen Verstand oder Vernunfft gehabt haben, Besold. in delib. de test. quæst. 3. Dann es wäre gar zu hart, wann denen simplen, und unerfahrnen einfältigen Leuthen, das Testament machen benommen wurde, welches Testiren doch jenen gestattet wird, welche das zwölffte oder vierzehende Jahr übertretten haben, wo sie ja noch keinen vollständigen zeitigten Verstand haben, sondern noch kindisch und flüchtig seynd. Gantz recht sagt Besold. loc. cit. daß, wann die Vollständigkeit des Verstands in so genauen Grad genommen wurde, so könnten auch vile Doctores nicht testiren; Dauth. ad tit. qui test. fac. poss. n. 218. ad fin. sagt, daß nach gemeiner Lehr der DD. nöthig seye, daß jener, der sagt, der ander seye Sinn-loß, erweise, daß er wie ein Vieh seye; Uber welche Prob doch zu lesen ist. Mant. de conject. ult. vol. lib. 2. tit. 5. n. 16. Mascard. lib. 2. de prob. conclus. 823. Es ist aber zu mercken, daß in vorgehenden die Sinn-lose, Närrische, und Täpische allzeit zusammen gesetzt worden, also daß dise von dergleichen alberen Leuthen zu verstehen ist, die gar keinen Verstand haben, weilen sie von denen Sinnlosen nicht unterschieden seynd; Wann sie aber einigen obwohlen schlechten Verstand haben, so können sie testiren Idem Dauth. loc. cit. n. 220. Gomez tom. 1. cap. 6. n. 2. Also daß dise Frag allein vom Nahmen ist, dann wann man durch einen Tauben die Melancholische und Miltzsüchtige verstehet, von welchen Leuthen die Welt voll ist, so bekennen wir frey, daß sie Testament machen können, damit wir nicht sonsten mit Besoldo die fürnehmste Doctores und andere gelehrtiste Männer vom Testament machen ausschliessen müssen, weilen dise Melancholische, oder Miltzsüchtige Kranckheit niergends mehr als bey denen Gelehrten den Besitz nimmt, und Wurtzel faßt, also daß ein ungeschickter Professor auf einer berühmtisten Universität seine Discipul ermahnet hat, daß sie nicht zu vil studiren sollen, damit sie nicht, wie sein Collega (welchen er nicht ohne Schmach und Injuri genennt hat) taub werden, wo er doch vilmehr hätte sagen sollen, damit sie ihme Professori nicht gleich werden, welcher fürwahr durch solch seine That an Tag gegeben, daß er ohne Vernunfft seye;

Was ist aber Rechtens, wann einem solchen alberen Menschen ein Pfleger gegeben worden, welches geschehen zu seyn wir uns erinneren, kan er doch ein Testament machen, ohneracht er unter der Curatel stehet? Und wir sagen Ja, obwohlen er ein Alber, doch nicht gar ausser allen Verstand ist, daß man ihn leicht bereden kan, daß ein Esel fliege, wie Grossus redet de test. quæst. 21. Ja auch dise Schwachheit, wann einer, daß ein Esel fliegen könne, beredt werden kan, ist nicht so groß, welche einen vom Testament machen ausschliessen kan, dann, da ein gewisser arglistiger Pfarrer mit einem alberen Menschen spatzierete, und schnell um ihne zu vexiren schnell ausschreyete, siehe! Wie da ein Hirsch vorbey fliegt, und den in die Höhe Sehenden auslachete, daß er so einfältig seye, zu glauben, daß ein Hirsch fliegen könne: Hat der andere gantz recht geantwortet; Ich hätte geglaubt, es könne ehender ein Hirsch fliegen, als ein Pfaff lügen. Wer soll nun sagen, ob der Ausgelachte nicht mehrers, als der Auslacher Testament zu machen fähig seye? 29.

Gewiß es ist für des Menschens Fähigkeit, und vollkommenen Verstand, ein solche Præsumption, daß, wann die Proben wegen der Sinn-losigkeit, und wegen gesunden Vernunfft gleich seynd, mehrers denen Zeugen zu glauben seye, welche über die gesunde Vernunfft Zeugschafft geben, als welche die Sinn-losigkeit bezeugen wollen. Mant. loc. cit. tit. 5. n 6. Ja, was mehr ist, es ist mehr zu glauben 2. Zeugen, welche über das gesunde Gemüth aussagen, als 1000. anderen, die die Sinnlosigkeit bezeugen wollen. Mant. loc. cit. Mascard. loc. cit. n. 49. Glathin mit einem Wort ein Unsinniger, so lang die Taubsucht oder Raserey dauret, auch ein also erzörneter, daß er ohne Vernunfft ist, ehe er wieder zu sich kommt, kan nicht testiren, weilen der Zorn ein kurtze Raserey ist, wie gantz recht sagt Barii de test. lib. 1. tit. 7. n. 43. 30.

In der vierten Stell seynd die Verschwender, denen die Administration ihrer Güther benommen ist, §. item 2. Inst. quib. non est permiss. L. is cui 18. ff. eod. Die Ursach ist, weil ein Unsinniger, und ein Verschwender in den Rechten einander verglichen werden. L. 1. ff. de curat. fur. L. Falcinius §. planè ff. ex quib. caus. 31.

caus. in potest. eat. Dann ein Verschwender ist, der seine Mittel durchjagt, und hat an Ausgeben keine Maaß und Arth oder End. Dict. L. 1. ff. de curat. furios. Gleichwie nun ein solcher keinen Vernunfft und Rath hat, was zu Machung eines Testaments erfordert wird, also auch wird ihme das Testament machen gantz recht verbotten, und benommen, weil præsupponirt wird, daß ihme die Administration seiner Güther schon benommen worden seye. Weilen jedoch niemand dahin gekommen, daß er nicht zu Zeiten in der Administration fehle, und keiner so närrisch ist, daß er nicht alsogleich ihme wieder nutzlich seye, wie der Kayser Leo redet in Novell 39. Deßwegen einige Sachen, das Testament eines Verschwenders betreffend notiren, so wir kürtzlich anführen.

32. Und zwar vor allem ist nothwendig, daß ihme die Administration über seine Güther verbotten worden, dict. L. 13. cui 18. ff. qui test. fac. poss. Wie wir schon in vorgehenden gesagt haben, und unser Art. klar mit sich bringt in denen Worten: die durch die Obrigkeit erklärte Verschwender. Die Ursach ist, weilen von Rechtswegen niemand ein Verschwender wird, sonder ist eine Gerichtliche Untersuchung, Erklärung und Verbott nothwendig, obwohlen, wann der Verschwender anfangt häußlich zu leben, und solches gewiß ist, er eben darumen von Rechtswegen kein Verschwender mehr ist, und die Obrigkeitliche Erklärung und Verbott erlöscht. Myns. §. item n. 2. Inst. h. tit. & ibidem Wesenbec. n. 3. Dauth loc. cit. n. 223. Die Ursach aber des Unterschieds, warumen einer von Rechtswegen nicht also gleich ein Verschwender werde, und doch von Rechtswegen ein solcher zu seyn also gleich aufhört, wann er häußlich worden, ist dise nach Lehr des Wesenbec. loc. cit. & Manz de test. tit. 2. n. 83. weil man härter abweicht von jenem, was gemeinen Rechtens und frey ist, als daß man dahin schreittet; Dann eine Sach, wie man sagt, geht leicht seiner Natur nach.

33. Die andere Frag aber ist, wann einer für einen Verschwender erklärt wird, da er doch in der That kein Verschwender ist, ob er nicht ein Testament machen könne? Die Ursach zu zweifflen ist, weil das Verbott von jener Zeit anzufangen ist, wo, wann es schon geschehen ist, geendet wird. Wann aber der Verschwender wider zu guten Sitten zuruck kehret, so hört von Rechtswegen, wie wir gesagt haben, das Verbott auf L. 1. ff. de curat. fur. daß also das Verbott um so mehr gleich Anfangs, da die Prodigalitdt keinen Grund hat, verhindert werden muß. Und disen Sentenz haltet Caldas ad L. si curatorem vers cùm non absimilis Cod. de in integ. rest. min. n. 19. den widrigen Sentenz hat Joan. Dauth. loc. cit. n. 223. per L. penult. ff. de curat. fur. wo der Vatter dem Sohn als Verschwender einen Pfleger gegeben. Der Text fragt, ob man des Vatters Meynung ohne Unterschied nachzufolgen seye, es mag der Sohn ein Verschwender gewesen seyn oder nicht? Und der Text antwortet, daß man des Vatters Meynung ohne Unterschied folgen müsse, ist also eben dises zu sagen bey dem Richter, weil das Argument vom Testirer auf den Richter gilt.

Drittens wird gefragt, ob das Testament eines Verschwenders gelte, oder vilmehr ob es giltig verbleibe, welches er gemacht hat, ehe er als ein Verschwender erklärt worden? Und es wird geantwortet mit Ja, Krafft des Text in §. 2. Inst. quib. non est permiss. aus Ursach, weilen leichter etwas gleich Anfangs verhindert wird, als das solches nach der Hand aufgehebt werde. L. patre furioso ff. de his qui sui. Welches Sichard. ad rubr. Cod. qui test. fac. poss. so weit erstreckt, daß ein solch gemachtes Testament giltig und kräfftig seye, wann schon der Testirer bekanter Dingen ein Verschwender gewesen, wann er nur für solchen nicht erklärt, oder ihme die Administration über seine Güther nicht benommen worden. Aus Ursach, weilen nicht die Verschwenderey, wie wir kurtz zuvor ausgelegt haben, sonder die Gerichtliche Erklärung und Verbott einen zum Testiren unfähig macht. Manz loc. cit. n. 84. & seq. 34.

Viertens wird gefragt, ob ein Verschwender zu milden Wercken testiren könne? Und es antwortet Jul. Clarus §. testamentum quæst. 5. n. 4. mit Ja, wo er mehr andere citirt; Andere wollen das Widerspiel bey Joann. Dauth. loc. cit. n. 225. wo er sagt, daß ein Verschwender über jenes, was sein ist, thun könne, was er will, nemlich die Erbschafft seinen Noth-Erben überlassen, das Seinige Armen austheilen, denen Knechten die Servitut schencken, seine Güther durch Eintrettung in ein Kloster demselben überlassen, und dergleichen welch alles über einsstimmt mit der Novell Leonis 34. welche, obwohlen einige nicht erkennen, oder darfür halten aufgehebt worden zu seyn, doch Barrii de test. lib. 1. tit. 7. n. 43. & 44. auch des Joannis Dauth. Sentenz approbirt, und sagt, daß Krafft der Novell Leonis eines Verschwenders Testament giltig seye, 35.

wann er hiedurch seinen Befreinden und B.dürfftigen zu Trost kommen ist, oder zu milden Sachen testirt hat. Wo er den Maynard. lib. 7. cap. 19. & Cujac. oder L. 6. ff. de V. O. allegirt.

36. Dahero wird 5. gefragt, ob ein Verschwender wenigist unter Kindern testiren könne? Die Ursach zu zweifflen ist dise, wie wir oben gesagt haben, ein Unsinniger kan unter Kinderen nicht testiren, also auch ein Verschwender nicht, weil ein Verschwender einem Unsinnigen verglichen wird. Aber Maynard. lib. 7. cap. 19. sagt bey Barrii loc. cit. n. 44. daß eines Verschwenders Testament unter Kindern im Tolosanz Parlament behandhebt worden, obwohlen die Kinder zu ungleichen Theilen eingesetzt worden. Dise Meynung widerspricht doch Graff. §. testam. §. 22. und Pet. Gregor. lib. 42. cap. 8. n. 3. wir vermeynen, daß des Francisti Barrii als denen Testamenten favorableter Sentez Krafft der bemelten Novellæ des Kaysers Leonis, obwohlen man supponirt, daß solche nicht recipirt, oder in Abgang kommen, als in der natürlichen Vernunfft gegründet wahrhaffter seye. Es hindert auch nichts die Vergleichung, welche die Gesatz machen, unter dem Unsinnigen und dem Verschwender, weil solche in seinen Schrancken zu verstehen ist. Dann obwohlen gesagt wird, daß ein Verschwender ohne Vernunfft seye, doch, wann er recht handlet, und das Seinige nicht verschlemmet, sonder in seine Kinder verwendet, denen dem natürlichen Recht nach sein Vermögen gebührt, so kan nicht gesagt werden, daß er wie ein Unsinniger, der gar kein Vernunfft hat, ohne Vernunff seye. Ist sich also nicht zu verwundern, wann des Unsinnigen letzter Will, weil er keinen Willen hat, auch unter Kindern nichtig ist. Des Verschwenders letzter Will aber, der gescheid handlet, da er die Kinder als Erben einsetzt, giltig seye.

37. Gleicher Gestalten, obwohlen 6. ein Unsinniger zuvor besagter massen weder durch ein Statut noch ein Gewohnheit, noch durch ein Fürstliches Rescript zum Testiren fähig gemacht werden kan, so zweifflet doch niemand, daß nicht auf obbesagte 3. Arthen ein Verschwender dichtig gemacht werden könne. Aus Ursach, weil ein anderes ist, daß einer in der That ohne Verstand seye, und ein anderes ist, daß einer für einen solchen gehalten werde. Den wahren Mangel kan weder ein Statut, weder eine Gewohnheit, noch der Fürst ersetzen, weil die Veränderung der Natur von Menschlichen Gewalt nicht abhanget, aber die Verordnung des Gesatz oder Fürsten, welche sich in der Præsumption gründet, kan ein andere widrige Verordnung aufheben. Manz loc. cit. n. 86.

Sibendens wird gefragt, weil in vorgehenden gesagt worden, daß ein Verschwender, wann er in sich gehet, und häußlich lebt, und vernünfftig und gescheid handlet, eben darum aufhöre ein Verschwender zu seyn, also daß das Verbott erlöscht, ob also er ein Testament machen könne? ehe er für einen solchen erklärt, und das offentlich gemachte Verbott wider offentlich abgenommen worden? Und obwohlen einige seynd, welche des Testirers Erklärungs-Sentenz erforderen, so halten doch einige besser darfür, daß ein Verschwender nach angenommenen besseren Sitten aufhöre in des Pflegers Gewalt zu seyn, und folglich sein gemachtes Testament also gleich giltig seye. Jul. Clarus §. Testamentum quæst. 33. Guido Pap. quæst. 260. Boër. decis. 23. n. 35. fran. Barrii lib. 1. tit. 7. n. 44. wann nur bekannt ist, daß er gute Sitten an sich genommen habe; es wird aber gesagt, solches bekannt zu seyn, wann er in 2. oder 3. Jahren in guten und häußlichen Stand verharret. Idem Barrii 38.

Achtens wird gefragt, ob auch denen Weiberen, die unkeisch leben, die Administration ihrer Güther benommen, und folglich vom Testament machen ausgeschlossen werden können? Und wir antworten mit Ja, Krafft des Text in L. & mulieri 15. ff. de curat. furios. die Ursach ist, wie die Glossa sub lit. K sagt, weil ein Weib, so unkeusch lebt, genennt wird, daß sie die Güther ihres Leibs verschwende. Obwohlen einige vermeynen, daß Paulus in dict. L. nicht rede von einem Weib, so ein unverschamtes Leben führt, sonder von solcher, die dem Geld weh thut, und das Ihrige ohne Maß verschwendet. Es scheint, daß auch eben diß behaupte Glossa ibid. sub lit. K. n. 2. wo sie sagt, daß die Wort bemelden L. quæ luxuriosè vivit. zu lesen seyen, welche verschwenderisch lebt. Vid. Joan. Dauth: ad tit. qui testam. fac. poss. Dann daß eine Hur testiren könne, ist kein Zweiffel, Krafft des Text in L. sed & qui magna. 5. ff. ad S. C. Trebell. ist also wahr, daß Paulus in dict. L. & mulieri 15. von der Verschwenderey der Persohn nicht, sonder von verschwenderischen liederlichen Leben rede, weil nemlich ein Weib, damit sie die Buhler anreitze, grosse Verschwendungen und Kösten macht, nicht allein in Aufbutzung des Leibs, sonder auch in Mahlzeiten, also daß gesagt wird, daß sie mit ihren Leib keinen Gewinn suche, sonder ihre 39. 40.

ihre Mittel liederlich verschwende. Lese über dise Frag den Francisc. Barrii loc. cit. n. 45. fach. lib. 2. cap. 65. Reusn. de test. part. 2. Gommez var. resolut. cap. 14. n. 33. Binell ad L. 4. in fin. Cod. de Bon. mat. Dann wann ein Manns-Persohn, der unkeusch lebt, für einen Verschwender nicht gehalten werden kan, warum solle des Weibs blosse Schlemmerey, wodurch sie mehrers einen Gewinn sucht, als das Geld durchjagt, würdig seyn, daß ihr die Administration benommen werden solle? Vid. Dauth. loc. cit. n. 224. wo er aus Lactantio, Macronio, und Gellio erzehlt, daß Acca Laurentia, und Flora beyde Huren Testament gemacht, und das Römische Volck für Erben eingesetzt haben; Was ist aber zu sagen von einer Weibs-Persohn, die kein Hur ist, sonder durch Ehebruch und Leichtfertigkeit Gewinn sucht, oder verbottnen Heurath trifft? Von welch Persohnen allen, und deren Testament-Machung ist uns hier kein Platz mehr übrig. Es wird villeicht kurtz hernach etwas folgen von denen Persohnen, welche Verbrechens halber Testament zu machen nicht fähig seynd.

Fortsetzung der Summariorum.

41. Ob denen so stumm, oder Gehör-loß seynd das *Testament* machen verbotten, oder denen so zugleich stumm und Gehör-loß seynd?
42. Item ob solches nur zu verstehen seye von jenen, die von Natur stumm und Gehör-loß seynd?
43. Welche wahrhafft Stumme und Gehör-lose genennt werden?
44. Ob der Fürst die Stumme, und Gehör-lose zum *Testiren* könne fähig machen?
45. Ob der Soldat, so entweders stumm, oder Gehör-loß ist, recht *testiren* könne?
46. Was Rechtens, wann einer ehe er stumm oder Gehör-loß wird, schon ein *Testament* gemacht hat, ob solches giltig bleibe?
47. und 49. Ob ein Stumm, oder Gehör-loser ein *Codicill* machen, und *Legata* hinterlassen könne?
48. Ob erlaubt seye, mit Wincken *Legata* zu machen?
50. Ob ein zugleich Stumm und Gehör-loser zu milden Wercken *testiren* könne?
51. Ob denen *bannisirten* das *Testament* machen erlaubt seye, und was ein Bann seye?
52. und 57. Wann einige nicht vom Kayser, sonder von einem anderen Fürsten, oder Stadt *bannisirt* werden, weil diß kein Reichs Bann ist, ob solche das Recht *Testament* zu machen verliehren?
53. Welche eigentlich *bannisirte* Leuth genennt werden?
54. Wie heut zu Tag der Bann erklärt werde, und wem des *banisirten* Güther zufallen?
55. Ob durch *Relegation* das Recht *Testament* zu machen verlohren werde?
56. Ob durch *Deportation*?
58. Ob das gemachte *Testament* nach erfolgten Bann entkräfftet werde?
59. Ob die zum Tod verurtheilten *Testament* machen können?
60. Ob die zum Tod verurtheilte Knecht der Pän werden, und ihre Güther den Kayserlichen Rechten nach *publicirt* werden?
61. Ob die des Lasters beleidigter Majestät verurtheilte *Testament* machen können?
62. Ob dessen Güther nicht von Rechtswegen dem *Fisco* zufallen?
63. Ein wider einen Chur- oder anderen Reichs-Fürsten begangnes Verbrechen ob es gehalten werde für eine Majestäts-Beleidigung?
64. Was Rechtens, wann die verbrechende Persohn gegen dem Fürsten mit Pflichten nicht beygethan, ob er mit der Straff beleidigter Majestat belegt werden könne?
65. Warum unser Land-Recht die Verräther des Vatterlands deren Majestät Beleidigeren gleich halte?
66. Ob die Ketzer und Unglaubige *testament* machen können?
67. Was ist aber zu sagen von den *tollerirten* Ketzeren, von Lutheraneren?
68. Ob und wann die Wucherer vom *Testament* machen ausgeschlossen werden, und wer ein offenbarer Wucherer seye?
69. Ob die Juden als bekannte Wucherer ein *Testament* machen können?
70. Ob die Wucherer ein *Codicill* machen, und *Legata* hinterlassen können?
71. Ob sie von Tods wegen etwas verschencken können?
72. Ob nicht ein solches *Testament*, *Codicill*, oder Schanckung von Tods wegen, zu *Favor* eines milden Wercks gelte?
73. Warum der Art. von Welt-Geistlichen wegen *Testament* machen nichts sage?
74. Ob die Münch und *Religiosen testiren* können?
75. Wann ein noch in der Welt sich aufhaltender Münch ein *testament* gemacht hat, ob er solches nach der *Profession* widerruffen und änderen könne?
76. Ob das vor Eintritt in das Closter, oder unter dem *Novitiat* gemachte *testament* gelte?
77. Ob dem Pabsten frey stehe, dem Münch, so die *Profession* abgelegt hat, zu *testiren* die Erlaubnuß zu geben?
78. Ob ein Münch oder Closter-Frau nach der *Profession* ihre Güther unter ihre Kinder abtheilen könne, wann sie wollen, und wie die Abtheilung zu machen seye?
79. Ob auch die in das Kloster gegangene Kinder unter ihren Eltern also *dispeniren* können?

41. Die 5. Stell begleiten die Gehör-lose und Stumme, vor allem ist hier eine dopplete Frag, ob unser Art. zu verstehen seye von Stummen und Gehörlosen von Natur, und hernach zweitens, ob das Wort Taub- und Stumme miteinander oder abgesöndert zu verstehen seye? Hierauf antworten wir kürtzlich.

Erstlich

Erstlich daß nach Lehr des Sichardi ad L. 10. Cod. qui testam. fac. poss. n. 1. ad fin. nach dem Recht der Digestorum nicht allein denen Tauben und Stummen zugleich, sonder auch abgesöndert denen Stummen allein und Tauben allein das Testament machen verbotten gewesen. Diß probiren die Text in L. qui in potestate 6. §. 1. ff. qui test. fac. poss. der also redet: Der Gehör-lose, Stumme, könne kein Testament machen, wo das Wort und ausgelassen wird, daß also aus disem Text, welchen einige copulativè verstehen, nichts gewisses abzunehmen, ob er copulativè oder disjunctivè zu nemmen seye; Der andere Text ist in L. si mutus aut surdus 7. ff. cod. wo die Wort stumm und Gehör-loß disjunctivè gesetzt werden, und allda verordnet wird, daß ein Stumm-oder Gehör-loser unter Fürstlicher Authorität ein Testament gemacht habe. Aus welchem geschlossen wird, daß weder dem Gehör-losen allein, weder dem Stummen allein erlaubt gewesen zu testiren. Der dritte Text ist in L. Filius-Familias ib. ff. cod. wo ausdrucklich gesagt wird, daß ein Sohn, Knecht, ein nach des Vatters-Tod Gebohrner, und Gehörloser kein Testament machen könne, wann schon sie durch das Testament sie ihnen oder anderen etwas erlangen können, wo der Text allein vom Gehör-losen redet, und also disjunctivè, wann schon er nicht zugleich stumm ist, hat er dem Recht der Digestorum nach den Gewalt Testament zu machen nicht gehabt. Es wurde auch zur selben Zeit kein Unterschied gemacht, ob solcher Mangel von Natur herkomme, oder von einem Accidens. Dann in beyden Fällen wurde das Testament machen verhindert nicht allein auf die uralte Weiß per æs & libram, sondern auch nach denen letzteren Verordnungen, Krafft deren zum Testament machen die Beruff- und Erbittung der Zeugen erfordert wurde; Ein Stumer aber kan weder die Zeugen erbitten, noch der Gehör-lose die antwordende Zeugen hören und verstehen. Also ist beyden der Mangel in dem Weeg gestanden. Perez ad tit. Cod. qui test. fac. poss. n. 3. Manz. de test. tit. 2. n. 282. & seq.

42. Anderst hat verordnet der Kayser Justinianus in L. discretis 10. Cod. qui test. fac. poss. einen Unterschied machend, ob einer zugleich und miteinander Gehör-loß und stumm, oder allein separat stumm, und separat Gehör-los seye. In dem ersten Fall, wann einer zugleich Gehör-los und stumm ist, daß ist, daß er weder hören noch reden kan, wird ein weiterer Unterschied gemacht, ob solches von der Natur selbst, oder aus einem Accidens enspringe. Im ersten Fall, wann einer von der Geburt aus weder hören noch reden kan, kan solcher weder ein Testament, noch ein Codicill, noch ein Schanckung von Tods wegen machen. In dem anderen Fall aber, das ist, wann solches Accidens erst überfallen ist, so die Ohren verstopft, und das Gehör benommen hat, wie der Kayser redet, muß man sich des nachfolgenden Unterschieds bedienen, ob solche Persohn schreiben und lesen könne oder nicht, kan sie solches nicht, wird sie jenem, der von Natur und Geburth aus stumm und Gehör-los ist, gleich gehalten, und ist ein Testament zu machen nicht fähig, wann aber selbe lesen und schreiben kan, wird solcher Persohn erlaubt eigenhändig ein Testament, oder Codicill zu machen, oder von Tods wegen eine Schanckung aufzurichten.

Wann aber einer allein stumm, oder allein Gehör-loß ist, welches doch selten geschieht, weil dise Mängel wegen Einstimmung der Arganorum meistens beysammen stehen, und einander verbunden seynd, ein solcher kan testiren, weil ein Gehörloser seinen letzten Willen mündlich, der Stumme aber, wann er schreiben kan, schrifftlich erklären kan, weil heut zu Tag die Arth per æs & libram zu testiren in Abgang kommen. Vid. Perez ad tit. Cod. qui test. fac. poss. n. 3. francisc. de Barri tit. 1. n. 7. & 49. Wann aber der Stumme nicht schreiben kan, so kan er eben darum nicht testiren, weil er in der That weder mit Worten, noch schrifftlich seinen Willen erklären kan.

Durch den Gehör-losen, oder Stummen aber verstehen wir hier nicht jene, 43. welche allein übel hören, oder schlecht reden, und lallen, sonder, welche gar nichts hören, wann schon ihnen wie die Justiniani Wort lauthen, einer in die Ohren schreyet, und gar nicht reden können. §. item surdus. 3. Inst. quib. non est permiss. per L. 6. §. 1. ff. qui test. fac. poss. L. discretis 10. Cod. cod.

Doch hat dise wegen der stummen und 44. Gehör-losen in vorgehenden gesetzte Regul einige Ausnähm, deren die erste ist, wann nicht der Stumme, oder Gehör-lose vom Fürsten den Gewalt erhalten hat, daß er ein Testament machen könne. L. si mutus 7. ff. qui test. fac. poss. Wir haben kurtz zuvor gesagt, daß nach dem Recht der Digestorum denen Stummen und Gehörlosen das Testament machen verbotten worden, sie mögen zugleich stumm und Gehör-loß, oder nur entweders stumm, oder

Gehör-loß gewesen seyn. Weilen aber heut zu Tag dises abgeändert worden, daß allein jene kein Testament machen können, welche von Natur und Geburth aus solche seynd, oder welche durch ein Accidens zugleich Gehör-loß und stumm worden, auch nicht schreiben können, so entstehet billig die Frag, ob ein Fürst solche zum testiren fähig machen könne? Oder ob dict. L. 7. ff. qui test. fac. poss. welcher Text mit dem vorgehenden connectirt wird, allein zu verstehen seye von jenen, die allein stumm, und allein Gehör-loß seynd, nach dem Justinianischen Gesatz aber zum Testiren heut zu Tag von Rechtswegen fähig seyen? Hierauff antwortet, Francis. Barrii. de testam. lib. 1. tit. 7. n. 49. und citirt allda der Reusn. part. 2. cap. 28. n. 18. de testam. Daß ein solcher, der seinen Willen weder mündlich noch schrifftlich erklären kan, denen Unsinnigen gleich seye, folglich auch durch ein Fürstl. Rescript zum Testiren nicht fähig gemacht werden könne. Aus Ursach, weilen, wir oben erinnert haben, der Fürst das natürlich nicht ersetzen kan, sonder allein die Solennitäten, weil er das lebendige Gesatz auf Erden ist.

45. Dahero folgt 2. daß, obwohlen ein stummer, und Gehör-loser Soldat schon vor disem Krafft der Digesten ohne Fürstlicher Licenz nicht hat testiren können. §. quin imò 2. Inst. de milit. test. L. 4. ff. eod. Perez. n. 3. Cod. qui test. fac. poss. Doch solches allein zu verstehen gewesen von einem allein stumm, oder allein Gehör-losen Soldaten; Dann ein Soldat, der von Natur, oder wegen eines Accidens zugleich stumm und Gehör-loß ist, kan seinen Willen weder mündlich noch schrifftlich erklären, hülfft ihm also seine Soldaten-Freyheit nichts, weil er für einen Unsinnigen gehalten wird, welchen Mangel kein Freyheit oder Fürstl. Recript ersetzen kan.

46. Diß doch 3. ist wahr, daß ein rechtmässig gemachtes Testament, ehe einer stumm oder Gehör-loß worden, nichts destoweniger giltig seye und bleibe. Aus Ursach, weilen gleichwie der überfallende Wuth weder ein rechtmässig gemachtes Testament, noch ein anderes rechtmässig geschlossnes Geschäfft umstoßt, §. præterea 1. Inst. quib. non est perm. also auch können solches andere überfallende Leibs Gebrechen nicht verursachen. §. 3. Inst. eod. L. qui in potestate 6. §. 1. ff. qui test. fac. poss. L. conficiuntur 8. §. si post ff. de jure Codicill. Mit einem Wort sagt der Reichs Abschied de An. 1512. Rubr. von Testamenten §. item Es gehört zu einem jeden Testament, daß der, oder die, so Testament machen, mit verständigen Worten reden, oder schreiben könnte, dann welcher deren keines kan, der wird darinn einem Todten gleich geachtet, und mag kein Testament machen. Uber diß ist zu lesen Manz de test. tit. 2. à n. 284. biß ad n. 300.

Kan wohl aber 4. ein solcher, der weder schreiben noch reden kan, wenigist ein Codicill machen, und Legata oder privat Fidei-Commiss hinterlassen? Hierauf antwortet Francis de Barrii loc. cit. n. 49. circa fin. daß, obwohlen ein Stummer allein, das ist, der nicht zugleich auch Gehör-loß ist, kein Testament machen kan, wann er weder schreiben noch lesen kan, er doch ein Codicill machen, und Legata hinterlassen könne. Und macht den Unterschied, weilen die Legata und Fidei-Commissa mit Wincken gemacht werden können, ein Testament oder Erbs-Einsetzung aber nicht. Wann also ein Notarius einen solchen fragt, willst wohl den Titium für deinen Erben, und der mit Neigung des Kopfs einwilliget, so wollen sie, daß solche Verordnung nicht gelte. Wann aber der Notarius fragt, willst dem Titio ein Legat von 1000. fl. vermachen, und er mit Neigung des Kopfs einwilliget, so vermeynen sie, diß gelte. Welches sie in so weit erstrecken, daß, wann der Stumme, der nicht schreiben kan, mit des Notarii Handschrifft ein Testament macht, und solchem die Codicillar-Clausul beysetzt, in Krafft solcher Clausul die Erbs-Einsetzung in ein Fidei-Commiss verändert werde, weil die Fidei-Commiss mit Wincken können gemacht werden. L. nutu. 21. ff. de Leg. 3. Uber dise Frag Frag lese den Grass. §. Testamentum quæst. 30. & §. legatum quæst. 5. Dilect. durand. caut. 9. de test. Dise Meynung lassen doch andere nicht zu, 48.
weilen ein solcher, der weder schreiben noch reden kan, nicht anscheint, solchen Verstand zu haben, welcher zu denen letzten Willen um allen Betrug abzuwenden, nothwendig ist Manz. de test. tit. 2. n. 291. auf den Text. dict. L. 21. antworten sie, daß allein jener mit Wincken ein Codicill machen, und Legata oder Fidei-Commissa hinterlassen könne, welcher auch reden kan. Gottofredus ad L. 10. Cod. qui test. fac. poss. Lit. O. Uns kommt vor, des Barrii Meynung sey wahrhaffter, weil der Text in L. nutu 21. ff. de Leg. 3. klar genug ist, daß durch dessen, so ein Codicill macht, wincken der Will erklärt werden könne. Es stehen auch nicht im Weeg die Wort des Text, welcher auch reden kan, Dann unsers Erachtens ist diser Worten Verstand

stand diser, daß ein Stummer mit Wincken ein Fidei-Commiss hinterlassen könne, wann er schon reden kan. Dann es scheinet mehr zweiffelhafftig zu seyn, ob nicht ein solcher, der reden kan, seinen Willen mehrers mündlich ausdrucken müsse, als einanderer, der gar nicht reden kan, und dahero sagt Paulus in dict. L. daß auch mit Wincken ein Fidei-Commiss hinterlassen werde, wann nur jener (das ist, obwohlen jener) mit Wincken hinterlaßt, welcher auch reden kan, wann ihn nicht die überfallende Kranckheit verhindert, das ist, welcher reden könnte, wann ihn nicht die Kranckheit verhinderte. Und also verstehet den Text die Glossa ibid. sub Lit. L. Dann es scheint sehr ungeschickt zu seyn, daß das Gesatz allein in disem Casu den Gewalt mit Wincken die Legata und Fidei-Commissa zu hinterlassen zulasse, wann einer reden kan, weil er alsdann mündlich seinen Willen erklären kan, also in disem Text hat das Gesatz haben wollen, daß die Vermachung der Legaten und Fidei-Commissen so favorabl seyn soll, daß, wann solche Vermächtnuß auf Befragen geschieht, solche allein Krafft des Wincken giltig seye, obwohlen der, so reden kan, seinen Willen mündlich nicht bestättiget hat.

49. Wir haben von particular Legaten und Fidei-Commissen gered; dann gleichwie die Erbs-Einsetzung, so mit Wincken geschehen, auf keine Weiß giltig ist, also auch haben wir schon oben bey dem 5. Art. gesagt daß auch die Fidei-Commissarische Erbs-Einsetzung nicht gelten könne, es mag Georg Everhard vol 2. Consil. 43. n. 8. zum Widerspiel sagen was er will. Was den D. Manz. betrifft, diser redet von einem von Natur zugleich stumm und Gehör-losen. Dann gleichwie ein solcher den anderen Redenten nicht verstehet, auch mündlich nichts sagen kan, also auch kan ihnen das Wincken nichts helffen, weil er solches Wincken anderst nicht thun kan, als ein anderes unvernünfftiges Thier. Die DD. disputiren viles, ob nach heutigen Recht denen Stummen und Gehörlosen Soldaten Krafft des Soldaten Privilegii, was mehrers zustehe als anderen, ob das Privilegium per L. discretis. 10. Cod. qui test. fac. poss. aufgehoben worden, oder nicht? Aber diß ist unsers Erachtens gantz unnutzlich, wann wir von einem von Natur und Geburth aus Stumm und Gehör-losen reden, weil ein solcher kein Soldat seyn, noch informirt werden kan, daß er seinen letzten Willen erklären, und an Tag legen soll.

50. Welches eben auch die Ursach ist, daß ein solcher auch zu milden Wercken nicht testiren kan, weil nicht zu sehen, wie ein zugleich Stummer und Gehör-loser, wann man schon setzt, daß er einen Verstand habe, seinen Willen denen Zeugen sattsamm erklären könne. Vigil. in §. quin imò n. 2. Inst. de milit. test. Dauth. ad tit. qui test. fac. poss. n. 196. & ibi Gloss. marg. sub lit. V. Wo sie sub lit. X. auch Anstand nimmt, ob nicht der Text. in dict. L. 21. ff. de Reg. & fid. 3. völlig corrigirt worden, welche zu untersuchen wir andern überlassen.

In der 6. Stell seynd, die in des Kaysers Acht seynd. Was die Kayserliche Reichs-Acht; Aber-oder Oberacht seye, und von derselben Würckungen handlet weitläuffig And. Gail. Lib. 2. de pac. publ. und die Wort selbsten werden sattsamm ausgelegt bey Besold. in thes. pract. vers. Bann, Kayserliche Acht. nicht weniger bey Wehner. in vers. Acht, und Aber-Acht. Und bey And Knich in Encyclop. cap. 12. n. 4. Und bey Koller decis. 108. n. 2. 57. & seq. Dann bey Peregrin. de jure Fisci sub tit. de ban. lib. 3. & 5. tit. 2. Mit einem Wort: ein Bann oder Acht ist der Verlurst des Lebens, Rueffs und aller Güther dessen, der diser Straff unterworffen wird. Dann er nicht allein die Stadt Rom, welche aller Vatterland ist, sonder auch all Menschliche Recht, Handlung, Aemter, Schutz und Schirm, auch Glauben des Reichs verliehrt; und wird für einen allgemeinen Feind und Verräther und Rebellen gehalten, welchen niemand zu Hauß, im Wirths-Hauß, oder zu Tisch beherbergen soll, sonder von jedermann frey an Güthern und Leib angegriffen werden kan. Idem Gail lib. 1. de pac. pub. cap. 6. n. 12. & 13. & lib. 2. cap. 1. n. 27. Dise also können auf keine Weis Testament machen, weil sie maximam capitis diminictionem leiden, und aller Burgerlichen Rechten undichtig seynd. 51.

Von disen nun ist 1. die Frag, ob sie ein Testament machen können, wann sie nicht vom Kayser, sonder von einem Chur-Fürsten, Fürsten, Graffen, Baron oder Reichs-Stadt, welche die Superioritát Recht haben? Und gemeiniglich sagen die Rechts-Gelehrte, daß allein der Kayser den Gewalt habe, einen in die Acht, Aber-oder Aber-Acht zu erklären, und der anderer Fürsten, und Ständen Bannisirung mehr ein Relegation, als Acht seye. Gail. lib. 1. de pac. pub. cap. 6. n. 12. & 13. & lib. 2. cap. 1. n. 27. Clar. §. Testamentum quæst. 19. n. 1. Weil ein jeder Fürst, und Reichs-Stand kein Recht über das gantze Reich hat, sonder allein über sein eignes Territorium, gleich- 52.

gleichwie nun durch solch Particular-Bannisirung des Reichs allgemeine Recht nicht verlohren werden, sonder allein die Recht des jenigen Territorii, aus welchen einer in Particulari bannisirt wird. Also, daß sie vermeynen, daß, wann solcher an einem anderen Ort ein Testament gemacht hat, als in Ort, woraus er bannisirt worden, solches giltig seye. Schneidew. §. cùm autem n. 11. Inst. quib. mod. jus pat. potest. solv. Aus welchem folget, daß ein aus Bayrn bannisirter und in die Acht erklärter, in Oesterreich und absonderlich zu Wienn weit favorabler ein Testament machen könne, als in Bayrn, weil zu Wienn in Oesterreich zum Testament machen mehr nicht als zwey Zeugen, und auf keine Weiß so vil Zierlichkeiten oder Solennitäten erfordert werden, als vil in unsern Vatterland nöthig zu seyn wir in vorgehenden weithläuffig ausgelegt haben. Aber in der Wahrheit haltet diser glathin gestelter Sentenz keinen Stich.

53. Wir sagen also 2. Dise Frag seye zu untersuchen, welche eigentlich in die Reichs-Acht, Aber- und Ober-Acht erklärte Leuth genennt werden: Und welche deportirte, und Feuer und Wassers beraubte, Knecht der Straff benamset werden? Und hierauf antwortenn wir, vor allem gewiß zu seyn, daß die Reichs-Aechter den höchsten Grad erhalten, also daß nach erfolgter Reichs-Erklärung, sie Leib, Leben, Guth und Bluth verliehren, und Vogl frey angegriffen werden können, seynd auch einer Behörberg oder anderen Freundlichkeit nicht würdig. Weil sie nun nichts haben, oder besitzen, noch für Reichs-Glider, oder Burger noch weniger eines Rechts Beneficii würdig seynd, so für Gehässige ja für Todte gehalten werden, Clar. loc. cit. so ist kein Zweiffel, daß dise nicht testiren können, wenigist an denen dem gantzen Römischen Reich unterworffenen Orten. Dann von anderen, die sich mit Gewalt, oder sonst widerrechtlich dem Reich entzogen haben, ist hier die Red nicht.

54. Wie aber 3. zu jetziger Zeit der Reichs-Bann wider die Reichs-Stände, und andere Privat-Leuth so wohl vom Kayser selbst mit, oder ohne der Chur-Fürsten, und Ständen Consens, oder von höchsten Reichs-Dicasterien, ja von Nidern, wie das Gericht zu Rottweil ist, wo der veraltete Procefs der Acht noch in Schwung gehet, erklärt werden könne? Seynd jene zu lesen, welche vom Jure Publico, und sonderheitlich in die letztere Wahl-Capitulationes der Kayser, über den Weßphalischen Frieden-Schluß, und über den zu Regenspurg errichteten Reichs-Abschied von An. 1654. geschrieben haben; Unser Absehen ist nicht, uns diß Orts in die Publica einzumischen, wo wir nur Privat und Civil-Sachen tractiren.

Wir werden auch 4. jene Frag nicht berühren, obwann vom Kayser eine Privat-Persohn, welche in eines Chur-Fürsten, Fürsten, oder Reichs Stands-Territorio Güther ligen hat, in die Acht, Aber oder Obar-Acht erklärt worden, solche Güther dem Reichs-Fisco oder dem Fisco des jenigen Territorii zufallen, wo sie ligen? Weilen solch alles unsere Unterthanen als Privat-Leuth nicht angehet.

Obwohlen aber 5. solch allgemeine Acht, welche allein dem Kayser als ein besondres Prærogativ zustehet, anderen Fürsten und Ständen des Reichs, villeicht, wie gleich hernach mehrers folgen wird, nicht zustehet, so ist doch entzwischen gewiß, daß sie Jure regalium supprematûs, & superioritatis von darummen, weilen ein jeder Reichs-Stand in seinem Territorio eben jene Recht hat, welche der Kayser im gantzen Reich hat, die Bößwicht bannisiren und in die Acht erklären können.

Unterdessen, weilen 6. dise zwey Wort bannisiren, und præscribiren, general seynd, und zweyerley Gattungen, die Relegation, und Deportation deßwegen ist an sich selbsten klar, wann wir von der blossen Relegation reden, daß hiedurch das Recht Testament zu machen nicht verlohren werde; Es wird aber jener ein Relegirter genennt, der ausser die Gräntzen eines Lands oder Provinz, oder Stadt ohne Verlurst seiner eignen Güther, und gemeiner Rechten vertrieben wird. L. relegatorum 7. §. his qui. 17. ff. de Interd. & releg. Dann relegiren ist nichts anders, als einen ausser Land schaffen. Marcus Ant. Peregr. de jure Fisci lib. 3. tit. 5. n. 12. & seq. Und dise ist bey uns dreyfach, entweders auf ewig, oder Indefinita, oder nur auf eine Zeit. Die ewige ist, wann in dem Relegations-Sentenz ausdrucklich gesagt wird, daß er auf ewig das Vatterland meiden soll. Die Indefinita ist, waun einer simpliciter aus dem Vatterland geschafft wird, und wegen der Zeit nichts beygesetzt wird. Die zeitliche aber ist, wann einem gewisse Zeit vorgeschrieben wird, zum Exempel 4. 6. 10. Jahr. Von welchen schreiben Hartm. Pistor. in Observat. suis obs. 189. Berlich. in decis. 64. all dise Relegirte aber aus der Natur der Relegation verliehren die Burgerliche Recht, 55.

Recht, und des gemeinen Rechts Gutthaten nicht, wann schon die Relegation auf ewig geschehen, und noch darzu die Güther alle oder zum theil confiscirt worden. Idem Peregrin. loc. cit. n. 13. Und also, weilen sie die Burgerliche Recht beybehalten, und all andere des gemeinen Burgerlichen Rechts Wohlthaten. L. sunt quidem 17. §. fin. ff. de pæn. Können sie auch Testament machen. L. relegatorum 7. §. sivè ad tempus 3. ff. de Interd. & releg. und behalten ihre Kinder in ihren Gewalt. §. relegati 2. Inst. quib. mod. pat. potest. solv. & relegati 4. ff. de Interd. & releg. Idem Peregrin. loc. cit. n. 14. Jul. clar. §. Testamentum quæst. 22.

56. Ein anders ist zu sagen von denen Deportirten, weilen dise weder ein Testament machen. L. 8. §. 2. ff. qui test. fac. poss. noch Fidei-Commiss. hinterlassen ff. de leg. 3. noch ihre Kinder in ihren Gewalt haben können. Dict. §. cùm autem 1. Inst. quib. mod. pat. potest. solv. Aus Ursach, weilen die Deportation ihm die Stell des Verbotts Wasser und Feurs eintritt, welche denen Deportirten alle Burgerliche Recht benimmt, und die Capitis diminutionem nach sich zieht L. 2. §. 1. ff. de pæn. §. 2. Inst. de cap. diminut. Weilen nun kein Zweiffel ist, daß nicht die Chur-Fürsten, Fürsten, und andere Reichs-Stände Jure regalium das Recht zu deportiren nicht minder haben, als andere Criminal-Recht, deßwegen kan also simpliciter nicht gesagt werden, daß deren Verbannisirung für eine blosse Relegation zu halten seye, absonderlich wann erhellet, daß ein die Deportation nach sich ziehendes Verbrechen begangen worden. Dann in disem ist meistens die Deportation von der Relegation unterschieden, weil die Deportation bey schwehreren und Capital-Verbrechen, die Relegation aber bey geringeren erkennt wird. Und deßwegen wurde ein Deportirter für einen Todten gehalten. L. 1. §. fin. ff. de cont. tab. L. si necem §. si deportatus ff. de bon. lib. L. actione §. publicatione ff. pro soc. Und vor Altem thäte ein solcher Krafft des Condemnation-Sentenz alle Güther verliehren, welche doch nach heutigen Recht denen Kindern, oder Eltern zufallen.

57. Hernach thun Krafft des Notorischen Praxis die Chur-Fürsten, Fürsten, und Reichs-Ständ die Delinquenten über die 4. Wälder des Reichs, oder über Rhein und über die Donau, ja auch in Ungarn zum streitten wider den Türcken, oder nacher Venedig auf die Galleeren, oder in andere Meer-Porten auf ewig verschicken, welches in der That eine blosse Relegation nicht ist, Manz. ad tit. Inst. quib. mod. pat. potest. solv. §. 1. n. 3. Besold. in thes. pract. vers. Uber den Rhein. Ist also nicht wahr, daß der Chur-Fürsten, Fürsten und Ständ des Reichs Bannisirung ein blosse Relegation seye, welche nur in den blossen Schrancken des Verlurst der Territorial-Rechten, welche dem Herrn, so den anderen bannisirt, zugehören, verbleibe, und den Verlurst aller Reichs-Rechten, das Recht Testament zu machen, Vätterlichen Gewalts, und dergleichen nicht nach sich ziehe, dann eben darum weilen das höchste Haupt des Reichs seine Regalien disen seinen Fürstlichen Glidern des Reichs privativè mitgetheilt hat, daß nemlich ein jeder Stand auch mit Ausschluß des Kaysers (allein den Casum denegatæ Justitiæ ausgenommen) in seinem Land, und Territorio thun kan, was der Kayser im Reich zu thun vermag, warum solten wir den Gewalt der Reichs Stånden wider die Ubelthäter zu verfahren in so enge Schrancken eines jedwedern Herrschafft einschräncken? Wir wollen doch nicht, die dem Kayser sonderheitlich vorbehaltene Sachen, in Zweiffel ziehen, von welchen wir zu Eingang unserer Land-Recht gered haben. Doch aber ist dises auch ungeschickt, daß wir sagen sollen, daß ein in Bayrn wegen schwehristen Verbrechen etwann wegen beleydigter Kayserlicher oder Chur-Fürstlicher Majestät, wegen Verrathung des Vatterlands, oder wegen anderen entsetzlichen Verbrechen bannisirter Mensch allein die Gutthaten der Land-Recht, verliehre, im übrigen aber, wo er immer ist, den Nutzen der gemeinen Rechten haben, und ein Mensch von guten Rueff, und Leben, und fähig seyn solle, Testament zu machen, des Vätterlichen Gewalts, und anderer Freyheiten, welch alles nichts als unzahlbahre Unformlichkeiten im Reich einführen wurde.

Und diß, was wir von dem Deportiren und Bannisirten gesagt haben, hat 58.
in so weit Platz, daß ein zuvor schon gemachtes Testament durch erfolgenden Bann oder Deportation gäntzlich entkräfftet werde. L. ejus, qui 8. §. si cui 1. ff. qui test. fac. poss. Wo gesagt wird, wann einem Wasser und Feuer verbotten worden (an dessen statt heut die Deportation in Schwung kommen ist) dessen weder jenes Testament gilt, welches er zuvor gemacht hat, noch jenes, so er nachgehends macht. Ein anderer Text ist in L. si quis filio 6. §. irritum 5. ff. de injusto &c. welches Perez in tit. Cod.

 qui

qui test. fac. poss. n. 4. noch weiters ausstrecket, daß, wann ein Deportirter vom Fürsten wäre restituirt worden, zwar daß zur Zeit der Deportation gemachte Codicill durch neuen Willen bestättiget wurde. L. 1. §. 5. ff. de leg. 3. Und der Kinder unterdessen gemachtes Testament, nachdeme der Vatter restituirt worden, umgestossen wurde. L. ult. So muß doch nicht darfür gehalten werden, daß eben diß Platz habe in einem zuvor nichtig errichteten Testament, dann obwohlen der deportirten, und anderer verurtheilten Güther nach dem neuisten Recht nicht confiscirt, sondern denen Eltern, und Kindern biß auf den 3. Grad vorbehalten werden. auth. bona. Cod. de bon. præscript. So ist deßwegen doch denen Deportirten das Testament machen nicht zugelassen. Obwohlen Manz. de test. tit. 2. n. 207. NB. Aus Herman. Stam. lib. 1. de serv. person. tit. 3. cap. 1. das Widerspiel haltet.

59. Was ist aber von denen zum Tod Verurtheilten zu sagen, verliehren wohl auch dise das Recht zu testiren? Und es scheint, es seye mit Ja zu antworten, dann wann die Deportirte Testament zu machen unfähig seynd, warum nicht auch die zum Tod Verurtheilte? Fürwahr aber ist auf dises Sprich-Wort nicht zu gehen, aus Ursach, weilen ein zum Tod Verurtheilter aufhört unter Lebendigen zu seyn, kan auch nicht mehr die Burgerliche Recht, und was von solchen abhanget, haben, behalten, und deren sich bedienen: Ein Deportirter aber, der im Leben verbleibt, und nur für einen Todten gehalten wird, verliehrt anstatt des Lebens die Burgerliche Recht, und folglich auch, was selben anklebt. Ist also von einer Gattung der Maleficanten, auf die andere kein gutes Argument. Dann obwohlen die Wort des Justiniani, von denen so das Wasser und Feuer verbotten ist, von denen Deportirten, und anderen Knechten der Straff wahr seynd, daß dergleichen Leuthen das Leben mehr eine Straff, und der Tod ein Trost seyn soll, als, daß sie solche miserable Straffen ewig ausstehen, so ist doch das Menschliche Leben in so hohen Werth, daß die des Tods Würdige, und zum Tod Condemnirte ihnen für die gröste Gnad halten, wann sie nach erhaltner Gnad in das Elend verschickt, und zum schantzen, zum ruederen, streitten wider den Türcken, und zu anderen dergleichen mehr als der Tod selbsten bittere Dienstbarkeiten verschickt werden. Ist sich also nicht zu bewunderen, wann denen zum Tod Verurtheilten allein für jenen Augenblick, wo sie hingericht werden, und aufhören Burger zu seyn, das Testiren erlaubt wird, denen Deportirten aber und dergleichen Ubelthätern solche Freyheit benommen wird. Dise Frag aber erfordert eine genauere Untersuchung, auf welche

Wir 1. sagen, daß dem alten Recht 60. der Digestorum nach gewiß seye, daß die zum Tod Verurtheilte (wann sie nicht appellirt haben, welche Exception bey uns nicht Platz hat, weil in Criminal-Sachen kein Appellation zugelassen wird) das Recht Testament zu machen verliehren, ja auch jenes, welches sie vor der Condemnation gemacht haben, umgestossen werde, Krafft des Text in L. ejus qui 8. §. si cui 1. & §. si verò 4. ff. qui test. fac. poss. L. si quis 6. §. irritum 5. ff. de injust. rupt. L. si quis mihi 25. §. si quis 3. ff. de acquir. hæred. In welchen Texten allen die zum Tod Verurtheilte, denen Wasser und Feuer verbotten, denen Deportirten, und dergleichen Knechten der Straff gleich gehalten werden, daß sie weder ein Testament machen, noch die Burgerliche Recht haben, sondern ihre Güther confiscirt werden sollen. Weilen aber vile DD. der Meynung seynd, daß Krafft der Novell. 22. cap. 8. & auth. sed hodiè Cod. de donat. inter vir. & ux. denen zum Tod Verurtheilten weder die Freyheit benommen, noch ihre Güther confiscirt werden, sondern solch beydes disen Persohnen unverruckt gerbleibe. Jul. Clar. §. testamentum. quæst. 20. Besold. in delib. ex lib. 26. quæst. 2. Vasq. Illust. controv. cap. 10. n. 25. & cap. 96. n. 1. Covar. ad rubr. de test. part. 3. n. 44. Deßwegen kan billig in Zweiffel gezogen werden, wann in Conformität unserer Land-Recht zu sagen seyn möchte? Die Auth. sed hodiè Cod. de don. inter vir. & ux. Und Novell. 22. cap. 8. reden allein von der durch die Verdammung zum Tod nicht aufzulösenden Ehe, und beyde Text sagen kein Wort von Testament machen. Ein besserer, und eines grösseren Nachdenckens würdiger Text ist in Novell. 134. cap. 13. vers. ut autem. und in auth. bon. damnat. Cod. de bon. præscript. wo gesagt wird, wir verordnen, daß jener, welche wegen Ubelthaten anklagt werden, wegen welchen die Gesatz den Tod, oder Bannisirung verordnen, wann sie überwiesen, oder condemnirt werden, ihre Güther denen Richtern oder ihren Beamten nicht zufallen, auch denen alten Gesätzen nach nicht confiscirt, sondern, wann sie Kinder oder Eltern haben, solche denenselben biß auf den 3. Grad zu gehen sollen. Aber auch dise Text machen

chen mit keinem Wort vom Testament machen eine Meldung. Wir haben in unsern Bayrischen Rechten wegen der Verurtheilten Güther zwey merckwürdige Text. Einen part. 4. der erklärten Lands-Freyheit, Art. 5. Und den anderen Art. 2. Tit. 7. der Malefiz-Process-Ordnung. In welchen in Conformität der Novell. 134. und auth. bon. damn. Cod. de bon. præscript. verordnet wird, daß die Güther der zum Tod Verurtheilten denen Kindern, und Elteren, oder auch dem Weib wegen des Heyrath-Guths, ja auch denen Glaubigern, und folglich für des Weibs Bona paraphernalia, ohnbekränckt in salvo verbleiben müssen. Aus welchen zuvor citirten Texten des gemeinen Rechts vile Rechts-Gelehrte ohne Anstand behaupten, daß das Jus Digestorum corrigirt worden seye, und heut zu Tag die zum Tod Verurtheilte ein Testament machen können, allein aus der Ursach, weilen die zum Tod Verurtheilte nicht mehr Knecht der Straff werden, weilen aber eben dise Ursach einen sicheren Grund in dem neuisten Recht nicht hat, weilen nach dem Sentenz anderer die Knechtheit der Straff, nicht völlig, sondern allein in jenen Fällen aufgehebt worden, wann einer also verurtheilt worden, daß er noch lebe, und nicht wann er verurtheilt worden, daß er sterben solle. Gloss. in auth. sed hodie Cod. de don. int. vir. & ux. Bachov. ad Wesenbec. cap. 5. de cap. dimin. Andere sprechen von darumen denen zum Tod Verurtheilten das Testament machen ab, weilen deren Güther denen Kindern oder Eltern zugeschoben werden. Auth. bona. Cod. de bon. præscript. & damn. Weilen nun sie keine Güther haben, so können sie nicht testiren. Aber auf dise Ursach antwortet Harprecht in not. ad clarum. §. testamentum quæst. 21. n. 4. Daß alsdann erst die Güther der Verurtheilten denen Kindern oder Eltern zufallen, wann sie ohne Testament absterben, diß aber soll nicht die zum Tod Verurtheilte nach gemachten Testament über ihre Güther eine andere Verordnung sollen machen können, wann sie nur denen Kindern und Eltern die Noth-Gebühr verlassen. Und diser Sentenz, daß denen zum Tod Verurtheilten das Testament machen nicht benommen seye (wann nicht wegen einen solchen Verbrechen das Urtheil geschehen, welches die Confiscation der Güther nach sich ziehet) wird täglich bey unseren Gerichtern und Dicasterien practicirt, wo gar offt die Maleficanten für ihre Seel, und für die, so es verdient haben, Verordnungen hinterlassen, welche wir in Krafft der auth. bona. Cod. de bon. damn. umgestossen zu werden niemahlen gesehen. Und dahero kommt es, daß in bemeldtem Art. 2. Tit. 7. der Malefiz-Ordnung, der Verurtheilten Güther denen Kindern und Elteren zuzustellen nicht befohlen wird, wohl aber daß solche denen Erben, und Glaubigern zugestellt werden müssen. Es præsupponirt also der Art. daß in dem Gewalt der Verurtheilten stehe, daß sie ihnen, wann nur denen Kindern und Eltern die Noth-Gebühr verbleibt, Erben einsetzen können, was sie für eine wollen. Es kommt auch über eins der 5. Art. der erklärten Lands-Freyheit. Wo gleichfalls in der Rubric enthalten ist: Daß des Ubelthäters eigen Guth, seinen Erben folgen solle. So wird doch ausdrucklich beygesetzt, oder Erben. Aus welchem folgt, daß der Verurtheilten Güther nicht simpliciter denen Kindern und Weib zufallen, sondern allein in dem Fall, wo der Ubelthäter keinen anderen Erben rechtmässig eingesetzt hat.

In der siebenden Stell seynd die Schuldige verletzter Majestät, das ist jene, welche wider den Kayser, oder anderen, der die Majestäts Recht hat, sich zusammen verschworen, feindliche Sachen unternemmen, oder etwas anderes ausüben, wodurch die Majestät des höchsten Fürsten beleydiget wird. L. si quisquis. Cod. ad L. Jul. Majest. Welchen unser Articul die Verräther des Vatterlands beygesellet; Dann, weilen dem, so die Majestät beleydiget hat, alle Administration, und Veräusserung der Güther benommen ist, Sichard. ad Rubr. Cod. qui test. fac. poss. n. 19. So folgt, daß solchem das Testament machen nicht zustehe, dann die Straff dises schweristen Verbrechens ist der Tod, Verlurst der Seel, Confiscation aller Güther, die Ausrottung des gantzen Geschlechts, und desselben Gedächtnuß. dict. L. quisquis 5. Cod. ad L. Jul. Majest. Also daß die Nachfolger infam seynd, und von allem Erbnemmen sowol von Befreundten als Fremden auf ewig ausgeschlossen, auch zu keinen Ehren und Würden zugelassen werden, sondern wider das Göttliche Recht, daß der Sohn des Vatters Verbrechen mit büssen soll, auf ewig Noth und Kummer leyden sollen. Ist sich also nicht zu bewunderen, wann dergleichen verfluchte Leuth nicht testiren können. 61.

Und diß wird so weit erstreckt, daß obwohlen bey anderen Verbrechen und Ubelthaten um in die Straff zu verfallen der Sentenz nothwendig ist, doch in disem schweri- 62.

schweristen Laster beleydigte Majestät di-ses ein besonders seye, daß weder eine Anklag oder Condemnirung nöthig ist, sondern des Schuldigen Güther also gleich von Rechts wegen dem Fisco zu-fallen. L. donationes 31. §. ult. ff. de donat. L. ex Judiciorum 20. ff. de accus. Wie wird also einer, der nichts hat, auch der gemeinen Recht, und deren Gut-thaten nicht fähig ist, testiren können?

63. Hier fragen die Rechts-Gelehrte, ob, wann einer wider einen Chur-Fürsten, oder anderen Fürsten, der den Kayser für das höchste Ober-Haupt erkennet, ein solche Ubelthat begehet, daß er zum Tod verurtheilet werden kan, dise Ubel-that für ein Crimen læsæ Majestatis zu halten seye, und also die Güther confiscirt werden, und der Schuldige kein Testament machen könne? Einige ma-chen einen Unterschied, ob solche Ubelthat aus Haß wider den Kayser als höchstes Ober-Haupt, oder aus einen privat Haß gegen den niederen Fürsten begangen wor-den. In dem ersten Fall ist an sich selb-sten klar, daß das Crimen læsæ Maje-statis begangen werde, weil solches auch an einem Rath des höchsten Fürsten aus-geübt werden kan. L. quisquis 5. Cod. ad L. Jul. Majest. Oder an jenen, wel-che an der Seiten des höchsten Fürsten seynd, deme keine naher stehen, als die Chur-Fürsten, und Fürsten des Reichs. Es vermeynen aber, es seye ein anderes, wann der niedere Fürst aus einen pri-vat Haß, so des höchsten Fürsten Ma-jestät nicht betastet, einen anderen niede-ren Fürsten beleydiget, und etwas zu dessen Schaden unternommen hat. Wel-chen Sentenz behauptet Berlich. lib. 3. conclus. 8. n. 13. & seq. Aber Reusner de test. part. 1. cap. 43. n. 14. cum seq. Und Schrad. de feud. part. 10. sect. 1. n. 35. thun unsers Erachtens besser dar-für halten; Dann obschon unsere Chur-Fürsten, und Fürsten des Reichs eigent-lich keine Majestät haben, so haben sie doch die ihnen communicirte Jura rega-lium und suprematus, also daß nicht geschehen kan, daß nicht, wann sie mit Unrecht beleydigt werden, könne gesagt werden, daß auch die höchste ihnen als Mit-Gliederen Reichs communicirte Majestät beleydiget worden seye. Gewiß wir haben gesehen, daß es in verflossnen Kriegs-Zeiten also beobachtet worden, daß nicht weniger jene, die wider die ge-treue Chur-Fürsten und Fürsten des Reichs streitteten, für Rebellen, und Beleydiger der Majestät erklärt, und ih-re Güther nicht dem Reichs-Fisco, wie Berlichius aus der guldenen Bull erwei-sen will, sondern des getreuen Fürsten Fisco, in dessen Territorio solche lagen, zu erkennt worden. Mehr andere Unter-schied seyn zu finden bey Marc. Ant. Pe-regr. de jure Fisci. lib. 3. n. 22. usque ad n. 29. Wo er unter anderen hat, daß vor allem in diser Materi auf der Or-then Gewohnheit zu sehen seye, welche gewiß, was unsere Chur- und Fürsten des Reichs betrifft, gantz notorisch ist, daß sie ihre geschworne Unterthanen, wann sie rebellirt haben, mit der Straff læsæ Majestatis belegen, wann sie schon den Kayser für ihr höchstes Ober-Haupt erkennen, und dessen Lehen Vasalli seynd, welche Unterwürffigkeit ihnen an ihrer Majestät nichts bennimmt, weilen sie in der That nichts destoweniger die ihnen communicirte Jura Majestatis, und alle Regalien beybehalten. Welches doch an-deren weiters zu untersuchen wir überlas-sen, weilen wir allein in Auslegung un-serer Statuten, und nicht des Juris pu-blici begrieffen seynd.

Wir vermeynen, daß ein Unterschied mehrers in Betrachtung zu ziehen seye, ob nemlich jener, der einen Chur- oder Für-sten des Reichs beleydiget, oder etwas wider dessen Persohn Staat unternom-men hat, dessen Unterthan, und mit den Eyd der Treu belegt seye, oder nicht? Dann, wann man setzt, daß ein Chur- oder Fürst beleydiget, oder etwas wider dessen Persohn oder Staat von einer solchen Persohn, die ihme mit keinem Eyd zugethan, unterfangen, und began-gen worden, ein solcher kan kein Rebell, oder Beleydiger der Majestät genennt werden, weilen das Crimen rebellionis, oder perduellionis eine Subjection sup-ponirt; Obwohlen nun ein solcher, der im Territorio des beleydigten Fürsten er-dappt worden, schwer gestrafft werden kan, so werden doch dessen Güther nicht confiscirt, noch weniger dessen Gedächt-nuß verworffen, noch weniger deren Kin-der infam gemacht, oder von aller Erb-schafft der Befreundten und Fremden ausgeschlossen, welche eigentlich die Straf-fen der Rebellen seynd, und deren wahr-hafften Majestäts Beleydiger. vid. Idem peregrin. loc. cit. n. 22. & seq. 64.

Denen Majestäts Beleydigern ver-gleicht unser Articul die Verräther des Vatterlands, die Verrathung des Vat-terlands begangen. Und obwohlen die Rechts-Gelehrte ad. dict. tit. de L. Jul. Majest. die Straff des Lasters beleydigter Majestät auf die Verräther des Vatter-lands weiters nicht erstrecken, als auf das Römische gemeine Weesen. Faust. in con- 65.

consil. pro ærar. ordin. 749. vers. hîc autem discutere expedit &c. Jedoch, gleichwie wir schon zuvor gesagt haben, daß denen Reichs-Ständen, und sonderheitlich denen Chur- und Fürsten über ihre Unterthanen jure regalium & superioritatis ein Particul der ihnen communicirten Majestät zustehe, also auch stehet ihnen zu eben diser Gewalt wider die Verräther des Vatterlands, nicht allein des Römischen, sondern welches denen Fürsten und Ständen mit denen Unterthanen gemein ist. Dann wer zweifflet, daß unser Durchleuchtigister Gesatz-Geber wegen des Röm. gemeinen Weesen sorgfältig gewesen, weil dise niergend ausser unter denen Chur- und Fürsten, auch anderen Reichs-Ständen vertheilt ist. Also daß dergleichen Verordnungen und Gesatz, welche ein jeder Fürst und Reichs-Stand zur Defension seines Territorii macht, erachtet werden, für das gemeine Weesen erricht worden zu seyn? Dann es ist eines vom Theil oder Mit-Glied zu sagen, was vom gantzen Corpore gesagt werden kan. Wir sagen also gantz recht, daß Krafft dises unsers Articul unfähig Testament zu machen nicht allein jene seyen, welche das Laster beleydigter Majestät, Rebellion, oder Perduellion wider den Kayser begehen, sondern auch jene, welches solches wider unsern Lands-Fürsten, den Durchleuchtigisten Chur-Fürsten, und Haupt-Reichs-Stand begehen, welcher der Kayserl. Majestät der Treuiste, und Zugethaniste ist. Daß nun dises das Absehen unserer Lands-Statuten gewesen, erhellet aus deme, weil die Verräther unsers Vatterlands für solche erklärt werden, welche beleydigter Majestät schuldig seynd, also auch hauptsächlich jene, welche wider die Persohn des Fürsten selbsten Rebellen seynd. Welches Recht ohne Anstand um so kräfftiger und standhaffter ist, weil solches mit gemeinsamen Rath, und Einwilligung der Land-Stånd, öffters bey denen abgelegten Fürstlichen Huldigungen eydlich bestättiget worden.

66. In der 8. Stell seynd die Ketzer. Dise Verordnung kommt über eins mit dem L. 4. & 5. und mit der auth. credentes Cod. de hæret. Aus Ursach, weil ihnen das Gesatz die Güther benimmt, so bald sie in die Ketzerey verfallen seynd. Dict. L. 4. §. 1. und werden an deren Administration beraubt. Gleichwie nun die Verschwender und dergleichen kein Testament machen können, denen die Administration der Güther benommen ist, also auch die Ketzer nicht allein in ihren eignen Persohnen, sondern auch ihre Aufnemmer, Beschützer, und Unterhalter. Dict. auth. credentes. Cod. eod. Weilen auch disen alle Güther benommen, und solche ihren rechtglaubigen Kindern, wann sie einige haben, eingeraumt werden. Dict. L. 4. §. 6. & 15. Cod. de hæret. Und dises wird in so weit erstreckt, daß auch ein Ketzerischer Soldat weder über das Peculium castrense, noch aus der Soldatischen Freyheit, noch unter Kinderen, wann auch dise Ketzer seynd (ein anderes ist bey denen rechtglaubigen Kinderen) noch zu milden Wercken testiren kan. Aus Ursach, weilen ein solcher wegen Grausame des Lasters von Rechts wegen also gleich seine Güther verliehrt. Grass. §. testamentum quæst. 29. Vasq. de success. progress. lib. 1. §. 1. n. 165. Reusner de test. part. 2. cap. 46. n. 16. Franc. de Barrii de test. tit. 2. n. 34. Und dahero, daß ein Ketzer nicht testiren kan, wird nicht erfordert, daß er als ein solcher durch einen Sentenz erklärt worden seye, sondern ist genug, daß er offentlich ein Ketzer seye, weil er durch solches Laster selbsten in die Straff des Verlurst seiner Güther verfallet, wann schon kein Sentenz deßwegen erfolgt ist. Manz. de test. tit. 2. n. 247. Barrii loc. cit. n. 34. Ob sie (die Ketzer) gleich desselben (das ist der Ketzerey) noch nicht verdammt worden. In welchem unser Articul über eins kommt mit dem L. 4. §. 1. & 2. Cod. de hæret. cap. cùm secundum leges de hæret. in 6. Und jenes, was von Ketzeren gesagt worden, das hat auch Platz bey denen abgefallenen Apostatis, welche von der Christlichen Religion gäntzlich abtretten, Juden und Heyden werden, weil dise schlimmer als Ketzer seynd, weil sie auch nach dem Tod wegen beleydigter Göttlicher Majestät inner fünff Jahren angeklagt, und verdammt werden können. L. 2. Cod. de apostat.

Welche aber eigentlich Ketzer seyn und genennt werden, seynd hierüber die Theologi zu Rath zu ziehen. Wir thun nur dises erinneren, das Krafft des Westphälischen Friedens-Schluß die Lutheraner, und Protestanten reformirter Religion, im Reich gedultet werden, und also des Testament Machens, wie anderer Burgerlichen Rechten fähig seyn. 67.

In der 9. Stell seynd die offentliche Wucherer. Dise Verordnung kommt über eins mit dem cap. fin. in fin. de usur. in 6. welches eingeführt worden zur Straff deren, um den Wucher zu verhinderen. Und diß ist in so weit wahr, daß sie kein Testament machen können, wann sie schon für solche nicht verdammt worden, wie wir kurtz zuvor von denen Ketzeren gesagt haben, wann sie nur offentliche bekannte 68.

kannte Wucherer seynd. Es nutzt auch nichts, wann sie schon zur Zeit des Testament Machens den Wucherischen Handel abgelegt und verlassen haben, weil sie deßwegen nicht aufhören Wucherer zu seyn, wann sie nicht würcklich das Erwucherte zuruck gegeben, oder daß sie solches thun wollen durch erkleckliche Bürgen oder Pfand-Versicherung præstirt haben, also daß auch die Erlaubnuß des Papsts Testament zu machen dem Wucherer nichts nutzt, wann er nicht wegen der Restitution eine Caution gibt. Es kan auch eine Gewohnheit nichts widriges bewürcken. vid. Covar. var. resol. lib. 3. cap. 3. in fin. Jul. Clarus §. testamentum quæst. 26. Reusner. de test. part. cap. 47. n. 16 Ja, wann einer ein Testament gemacht hat, ehe er ein Wucherer worden, so wird doch solches wegen erfolgten Wucher umgestossen, welches doch nach Lehr Covar. loc. cit. wieder giltig wird, wann der Wucherer den Wucher zuruck gestellt, oder wegen Ruckstellung dessen sattsame Caution gegeben hat. Obwohlen andere solches widersprechen, und Cujac. ad. L. filio præterito ff. de injust. rupt. &c. disen Sentenz nicht approbirt, sondern darfür haltet, daß er der Catonianischen Regul zu wieder seye. Und Jul. Clarus §. testamentum. quæst. 26. n. 3. vermeynt, daß solches Testament nicht als giltig wieder aufstehen könne. Wir aber vermeynen, daß von darumen von des Covar. Meynung nicht abzuweichen seye, weil dise Verordnung, wegen Ausschliessung der Wucherer vom Testament Machen nicht vom Burgerlichen Recht abhangt, welches meistens mit dem strengen Catone auf die Gipfel des Rechts siehet, sondern vom Geistlichen Recht, welches mehr auf die Billigkeit antragt.

Wer aber ein offentlicher und handgreifflicher Wucherer genennt werde, ist zu sehen bey Covar. loc. cit. cap. 3. n. 5. und bey Menoch. de arbit. Jud. lib. 2. cap. 235.

69. Hier aber wird 1. gefragt, ob auch die Juden notorische und handgreiffliche Wucherer Testament zu machen nicht fähig seyen? Die Ursach zu zweifflen ist, weil anscheint, daß die Juden von denen Geistlichen Rechten enthebt seyn, weil sie ausser der Kirch seynd, noch sie die Verordnung der Geistlichen Recht was angehen kan, welche auch dem Verbott Testament zu machen, die Weigerung der Begräbnuß beysetzt, welche Verordnung ja die Juden nicht angehen kan; Weilen aber Covar. loc. cit. post n. 9. vers. septimo. die Juden von der Verordnung des Geistlichen Rechts, ohneracht der zum Widerspiel beygebrachten Ursachen, nicht ausschließt, so sagen wir mit mehrerem Recht, daß die Juden in unsern Vatterland nicht testiren können, weil obige Päpstliche Verordnung in unsern Vatterland angenommen worden, und obwohlen villeicht in anderen Ländern nach Zeugnuß Franc. de Barrii loc. cit. n. 35. ad fin. solche Verordnung nicht Krafft hat, so ist sie doch bey uns recipirt, und also zu sagen sæcularisirt worden, gleichwie vile Gesatz im Geistlichen Recht canonisirt worden. Wir haben diß erinneren müssen, weil diß verfluckte Volck wider der vorigen Lands-Fürsten geschärfftiste Gesatz in unsern Vatterland jetzt überall anfangt umzuschwermen, und zu wucheren.

2. Wird gefragt, ob wenigist die offentliche Wucherer ein Codicill machen, und Particular-Legata oder Fidei-Commissa hinterlassen können? Covar. loc. cit. n. 9. sagt Nein, aus Ursach, damit nicht sonsten die wider die offentliche Wucherer gemachte Päpstliche Verordnung zernichtet wurde. Gewiß, weil unser Statutum dem gedachten Päpstlichen Gesatz nachfolgt, so vermeynen wir, daß eben dises ohne Anstand zu sagen seye, wann schon sonsten ungewöhnlich ist, daß ein Constitutio pœnalis, welche dißfalls allein vom Testament redet, extendirt werde, damit nicht das gantze Absehen des Gesatz-Gebers umsonst seye, welche durch tausend List der Juden könnte eludirt werden; Und diß erstrecken wir nicht allein auf jenen Fall, wo im Testament Legata und Fidei-Commissa gemacht worden, mit der Codicillar-Clausul, daß solche auf all bessere Weiß, als möglich, gelten sollen. Turret. de effect. clausf. codicill. quæst. 97. Franc. Barrii loc. cit. n. 35. vers. septimo. Sondern auch wann ein besonderes Codicill erricht, und darinn Legata und Fidei-Commissa vermacht worden, weilen eines jeden Wucherers letzter Will, wann er nicht also gleich den Gewinn zuruck gestellt, oder sattsame Caution gestellt hat, nichtig und unnutzlich ist. 70.

Und dahero thut auf die 3. Frag, ob wenigist ein Wucherer von Tods wegen etwas verschencken könne? Aus obigen Fundament die Antwort mit Nein folgen, weil die Schanckung von Tods wegen eine Gattung des letzten Willens ist, die Gerechtigkeit aber nicht zulaßt, daß solchen verfluchten Leuthen solle Gelegenheit gegeben werden, ein so heilige rechtliche Verordnung zu eludiren. Fachin. controv. Jur. lib. 5. cap. 62. per totum. Es mag solche Schanckung über alle 71.

alle Güther, oder deren grössern Theil, oder nur über einige geschehen. Jul. Clar. §. donatio. quæst. 7. Grass. §. don. caus. mort. quæst. 5. Barrii loc. cit. ad fin.

72. 4. Wird gefragt, ob wenigist das Testament, Codicill, oder Schanckung von Tods wegen zu Favor eines milden Wercks gelte? Diß laßt zu Covar. loc. cit. ad f. cap. 3. und Franc. Barrii. loc. cit. vers. quartò. wann der Verstorbne Buß gethan; Setze auch bey dise Sublimitation, und wann der Wucherer denen Betrogenen Satisfaction gegeben hat. Dann es ist nicht erlaubt Leder zu stehlen, damit man im Testament unter die Arme die Schuh austheilen könne.

73. In der 10. und letzten Stell seynd die Münch und Religiosen. Von Welt-Geistlichen sagt der Articul gar nichts. Aus Ursach, weilen die mehriste Geistlichen (wann wir von jenen reden, welche simple Beneficia haben) so miserabel leben, daß sie nicht nöthig haben, daß ihnen das Testament Machen verbotten werde, wann aber einige zwey drey und vierfache haben, so leben sie so herrlich, daß ihnen selten was überbleibt. Wer den Unterschied der Patrimonial und der Geistlichen Mittel, so in Ansehung der Kirchen erworben worden, wissen will, der gehe zu Nicol. Everhard. in loc. legal. loco 53. à test. ad sent. Obwohlen diser Locus bey unsern Geistlichen schon veraltet ist. Wir wollen also in den Schrancken unsers Articuls von den eingegebnen Closter-Leuthen, nachdem sie den Orden völlig angenommen, und Profess gethan haben, verbleiben und

74. Sagen 1. daß die in ein Closter sich Begebene, sich und das ihrige GOtt weichen, den Stand veränderen, was die Welt betrifft, die Freyheit verliehren, und hören auf eignen Rechtens zu seyn, haben auch keinen freyen Willen mehr, können also lediglich gar kein Testament machen. Can. quia ingredientibus. 19. quæst. 3. cap. quia 2. X. de testam. auth. ingress. cod. de SS. Eccles. Julius Clarus §. testamentum quæst. 28. n. 7. Sichard. ad rubr. tit. Cod. qui test. fac. poss. n. 7. Es ligt auch nichts daran, es mag einer in ein Closter gangen seyn, welches Güther haben kan, oder nicht. Dann in solch beyden Fall verliehrt der Religios, der die Profession abgelegt hat, das Recht über seine Güther, weil er nichts eigenthumliches mehr haben kan. Idem Jul. Clarus und Sichard. loc. cit. Krafft des Text in auth. de monach. §. illud quoque 15. Es hilfft auch des Religiosen, der die Profession abgelegt hat, Protestation nichts, daß er ihm einige Güther zu dem End vorbehalt, daß er darüber testiren, und seinen Gutthätern was hinterlassen könne. Dann weilen wider die Substanz des Religiosen Lebens ist, daß ein Münch etwas eignes habe. Cap cùm ad monasterium 6. in fin. X. de stat. Monachorum. Wann er schon aus dem Closter entlassen, oder auch ein Bischoff worden, noch auch den Religiosen Habit jemahlen empfangen, oder den empfangnen von sich gethan hat. Idem Jul. Clarus loc. cit. quæst. 28. Grass. §. testam. quæst. 34. Villalob. comm. opin. litt. P. n. 341. Covaru. ad cap. 1. in princ. n. 26. X. de testam. Es liegt an sich selbst am Tag, daß kein Protestation oder Vorbehalt etwas nutze; Worüber vilmehr die Theologi als die Juristen zu lesen seynd; Zu deme aber, daß einer ein Münch und Religios genennt werden könne, wird erfordert, daß er sich durch die drey Gelübd der Armuth, Gehorsam, und Keuschheit einer approbirten Religion unterworffen habe. Ant. Perez ad tit. Cod. de SS. Eccles. n. 15. Sichard. ad rubr. tit. Cod. qui test. fac. poss. n. 7. Clarus dict. quæst. 28. n. 7. Es gilt auch ein Statutum oder Gewohnheit nicht, welche allegirt wird für die Fähigkeit einer Religiosen, männlichen oder weiblichen Geschlechts, zum testiren, weil allein dem Probsten zustehet, über die Religiosen Gelübd zu dispensiren. Herman. Stam. de serv. person. lib. 1. tit. 4. cap. 1. n. 14.

75. Wir sagen 2., daß ein Münch, der noch in der Welt stehet, und ein Testament gemacht hat, solches nach abgelegter Profession nicht mehr widerruffen, oder veränderen könne. Jul. Clarus dict. quæst. 28. n. fin. Grass. commun. opin. §. testamentum quæst. 34. n. 8. Ant. Perez. ad tit. Cod. de SS Eccles. n. 13. Aus Ursach, weilen, obwohlen des Menschen letzter Willen biß auf den letzten Augenblick veränderlich ist, doch ein Münch durch die Profession der Welt abstirbt, und hat kein Wollen oder nicht Wollen mehr, sondern hört auf über seine Sachen Herr zu seyn, deßwegen hat er keinen Gewalt zu disponiren mehr, und nichtmahlen zu milden Wercken. Layman. de ult. volun. tract. 5. cap. 3. n. 9. Wann man schon setzt, daß er nach verlaßnen Closter wieder in die Welt zuruck gekehrt seye. Dann so wenig durch solchen Austritt er den Gewalt zu testiren, oder einen anderen letzten Willen zu machen erlangt, daß er vilmehr seine Güther verliehrt. Can. hoc ergo §. sed notandum. caus. 17. L. 42. §. hoc etiam. in f. Cod. de episc. & Cleri. Novell. 5. §. si quis autem.

Digitized by Google

76. Wir sagen 3. daß doch ein Münch ein Testament machen könne, ehe die Religion eintritt. Clarus §. testamentum. quæst. 28. n. 2. Und obwohlen einige wollen, daß durch die erfolgte Profession das zuvor gemachte Testament zerbrochen werde, weil das Closter pro posthumo gehalten werde. Everhard loc. à test. ad sent. 53. §. sed rententâ. So verwerffen doch dises die andere gemeiniglich, Clar. loc. cit. n. 8. Ant. Perez loc. cit. n. 13. Layman. loc. cit. n. 3. Covar. ad cap. 2. n. 7. & seq. X. de testam. Dann zu was gebeten die Recht die Erlaubnuß zu testiren vor dem Religions-Eintritt, wann solches Testament durch den Eintritt gleich wieder umgestossen wurde? Und diß hat Platz, daß auch ein unter währenden Noviciat gemachtes Testament giltig ist, aus Ursach, weil der Noviz noch freyen Stands, und seiner Güther Herr ist, und kan noch frey aus dem Closter gehen. Layman. loc. cit. Es liegt auch nichts daran, wann er schon den Habit angelegt hat, weil nicht der Habit sondern die Profession einen Münch ausmacht. Und dahero, wann solcher im Noviciat ohne Testament stirbt, so gehören dessen Güther nicht dem Closter, sondern denen nächsten Befreundten oder Erben ab intestatò zu. Idem Perez. loc. cit. n. 15. und Layman. tract. 5. cap. 3. de ult. volunt. n. 7. Was immer Jul. Clarus loc. cit. n. 6. zum Widerspiel sagt. Unter die Münch doch werden die Ere-miten nicht gezehlt, aus eben der Ursach, weilen nicht der Habit, sondern die Profession einen Münch ausmacht.

77. Wir sagen 4. daß doch dem Papsten frey stehe, einem Münch, der die Profession abgelegt hat, die Freyheit zu testiren zuzulassen. Dann wann er einen Münch von denen Gelübden frey machen kan, wann solches das Seelen-Heyl erforderet, welches mehr ist, so kan er auch den Gewalt zu testiren geben, welches weniger ist. Covar. ad cap. 2. n. 17. & 18. X. de test. Vasq. Illust. controv. cap. 102. n. 2. Layman. loc. cit. n. 5. Es setzt doch Layman gantz recht bey, daß die vom Papsten zum testiren einem Münch gegebne Erlaubnuß nicht zu verstehen seye von denen Güthere, welche das Closter, oder ein anderer zuvor schon erlangt hat, weilen der Papst dem anderen sein erlangtes Recht nicht benemmen kan, er kan auch durch Ertheilung der Licenz zum testiren anderen nicht præjudiciren, welche die Herrschafft über des Münchs Güther schon rechtmässig erhalten haben. Aus welchem folgt, daß dise Licenz selten was nutze, dann entweders ist der Münch in einem Closter, welches keine Güther haben kan, oder welches Güther besitzen kan? In dem ersten Fall fallen durch die Profession die Güther jenen zu, denen solche durch den letzten Willen vermacht worden. In dem anderen Fall disputiren zwar die Rechts-Gelehrte, ob nicht das zuvor gemachte Testament zerfalle, wie wir oben gesagt haben, als wann das Closter ein Posthumus wäre; Weilen aber ein allgemeiner Sentenz ist, daß solches Testament nicht zerfalle, wann schon in solchem dem Closter nichts vermacht worden, es mag der Münch zur Zeit des gemachten Testaments in das Closter zu gehen einen Willen gehabt haben oder nicht, so ist offenbar, daß des München, der die Profession abgelegt hat, Güther jenen zugehören, denen solche der Münch in dem Testament zugeschrieben hat, obwohlen erst nach dem natürlichen Tod des Professi, weil der Burgerliche Tod die Uberfallung der Güther nicht nach sich ziehet. Wann aber ein solcher Profess vor solenniter abgelegten Gelübden keine Disposition hinterlassen, so fallt die Erbschafft von Rechts wegen dem Closter zu, welches Güther besitzen kan, wann aber das Closter keine Güther haben kan, so bekommen solche Erbschafft die Erben ab intestatò. Ist also nichts mehr übrig, worüber der Münch mit Licenz des Papsts nach abgelegter Profession testiren könnte, wann nicht villeicht ein solcher mit Licenz des Papsts sich vor der Profession etwas vorbehalten hat, von welchem er aus Zulassung des Papsts auch nach der Profession, ohnerachtet des abgelegten Gelübds der Armuth, etwas haben, administriren, und nach freyen Willen unter Lebendigen, oder von Tods wegen anderen zuschieben kan.

Was Rechtens seye 5. bey denen Jesuiten, welche nur simple Vota haben, daß berühren wir hier nicht, damit nicht die Berg rauchen, wir wollen doch dise Materi auf unser Enchyridion feudale spahren, wo geneigter Leser, zu sehen seyn wird, daß sie ihrer Religiosen Fähigkeit Güther beyzubehalten auch auf die Lehen-Güther erstrecken, biß sie die formata vota ablegen, welches unserem Lehen-Hoff einstens fremd vorkommen wäre.

Wir sagen 6. daß ein Münch, oder Closter-Frau auch nach solenner Profession, wann sie wollen, ihre Güther unter ihre Kinder vertheilen können, Novell. 123. cap. 38. auth. si qua Cod. de SS. Eccles. Und zwar ohne Erlaubnuß und Consens des Papsts, weil diß das natür- 78.

natürliche Recht erfordert, welches der Eltern Güt denen Kindern zuschiebt, und deßwegen, weilen dict. Novell. in Can. si qua 9. caus. 19. quæst. 3. recipirt worden, ist des Papsts Licenz nicht mehr nöthig, wann nur zwey Puncten einschlagen. Erstlich, daß kein Kind an der Noth-Gebühr verkürtzt, und was über die Noth-Gebühr verhanden, dem Closter zugebracht werde. Oder zweytens, wann sie all ihre Güther unter die Kinder vertheilen, ein Theil für ihr Persohn behalten, und dem Closter zueignen, das ist, also abtheilen, daß doch dem Closter ein Kinds Theil verbleibt. Und diß wird nicht allein auf die Kinder ersteren, sondern weiteren Grads extendirt, weilen unter dem Nahmen der Kinder auch die Enckle und Ur-Enckle begrieffen seynd. Layman. loc. cit. n. 8. Und zwar mit solchem Gewalt, daß einem aus denen Kinderen mehr als dem anderen hinterlassen werden kan, wann nur keines an der Noth-Gebühr beschädiget wird. Und deßwegen wann solcher schon sein Persohn mitzuzehlen muß, durch welche dem Closter ein Kinds Theil zukommet, ist er nicht schuldig seiner Persohn bey der Theilung mehrers zuzulegen, als einen Kinds Theil, so in der Legitima bestehet. Dann es wird in bemeldten Texten nichts verordnet gefunden, daß der Vatter sein Persohn, und also des Closters Kinds Theil jenem aus denen Kinderen gleich stellen müsse, welches aus Vätterlicher Verordnung vor anderen mehr bekommt.

Ob aber dise des Justiniani Verordnung in novell. 123 cap. 38. auch auf 79.
die Eltern sich erstrecke, also daß die in das Closter eingehende Persohn seine Güther gleichfalls unter ihnen auf solche Weiß, wie wir von denen Kindern gesagt haben, abtheilen könne? Das ist bey denen Rechts-Gelehrten im Stritt. Der Layman loc. cit. widerspricht solches, hingegen bestättiget dises Harprecht ad Jul. Clar. quæst. 28. n. 20. Wir vermeynen, daß dem strengen Recht nach des Laymanni Sentenz wahrhaffter seye, obwohlen die andere Meynung billiger ist. Dann weilen denen Eltern, so die Profession abgelegt haben, dise Freyheit unter Kindern zu disponiren zu Favor der Noth-Gebührnuß zugeeignet wird, warum solle solche nicht auch denen Kindern, um unter den Eltern zu disponiren zugeeignet werden, denen man auch die Noth-Gebühr schuldig ist? Es wäre noch mehrers von diser Materi, die Münch betreffend, zu sagen übrig, wann nicht diser Articul wider unser Absehen schon sonsten zu lang erwachsen wäre, wegen welcher Ursach wir solche weiters auszuführen unterlassen; Was aber für andere Persohnen über die in unsern Articul specificirte noch weiters kein Testament machen können, solche kan der geneigte Leser leichtlich bey anderen finden, und schier alle auf eine aus obigen zehen Stellen ziehen. Wir eilen zum nachfolgenden Articul.

Der zwölffte Articul.

Der Ehe-Leuth Testament, welche sie gegen einander aufrichten, kunten in zweyen unterschiedlichen, oder auch einem einigen Libell vergrieffen werden. Doch ist in Acht zu haben, wann beyde Testament in einem Libell vergrieffen, daß die Zeugen, sonderlich die ersten zweyen in ihrer Unterschrifft mit deutlichen Worten melden sollen, daß beyde Ehe-Leuth bekennt, wie in solchem Libell jeder beyder letzter Will, und Testament begrieffen seye. Aber die andere Zeugen mögen die Unterschrifft kürtzer machen, und allein melden, sie bekennen, wie ob geschrieben ihre Mit-Zeugen.

Summaria.

1. Ob die Ehe-Leuth unter ihnen wegen einander Erbung in einem, oder besonderen Libell *testiren* können?
2. Was für *Solennitäten* erfordert werden, und ob nicht wenigist zwey Zeugen ausdrucken müssen, daß sie erbetten worden rc. und daß beyder Ehe-Leuth letzter Will seye?
3. Was Rechtens, wann die Zeugen solches nicht ausdruckt haben, daß sie von beyden Ehe-Leuthen gebraucht werden, und in beyder Nahmen das *Testament* unterschrieben, und besiglet haben?

Diser

1\. Diser Art. ist kurtz, und begreifft in sich allein die Materi der Ehe-Leuthen Testamentern, von welchen die Rechts-Gelehrte gemeiniglich den Schluß machen, daß die Ehe-Leuth untereinander um einander zu erben testiren können, absonderlich, wann sie keine Noth-Erben, das ist, weder Eltern, noch Kinder. Von diser reciprocirlichen Succession hat einen gantzen Tractat geschrieben. Pet. Peck. de testam. conjug. Wohin sich der geneigte Leser begeben muß, wann er ein vollständigere Information haben will. Und können zwar testiren in einem, oder zwey absonderlich Libellen. Idem Peck. de test. conjug. lib. 1. cap. 19. n. 1. And. Gail. lib. 2. obs. 117. n. 1. Und diß ist kein sonderliches Privilegium der Ehe-Leuth, weilen auch all andere entweders zwey oder mehrere in einem Libell ein zierlich schrifftlich, oder vor 7. Zeugen ein mündliches (wann nur observirt wird, was zu observiren ist) Testament zugleich machen können. Alv. valasc. in consult. suis n. 1. Gilck in L. licet 19. n. 2. Cod. de pact. Und in solchem Testament wird nicht erfodert, daß die Solennitäten verdopplet werden müssen, sonder ist die einfache Gebrauchung der Solennitäten genug, das ist, daß die Zahl derer 7. Zeugen, und deren Unterschrifft, und Siglung erklecklich, und solches, wann mehrere zugleich testiren, nicht verdopplet, oder vemehrt werden soll. Idem Valasc. loc. cit. n. 3. Wann nur von beyden Ehe-Leuthen die Beruffung und Erbittung der Zeugen geschieht, oder von mehr anderen, die im einem Libell testiren, also daß ein jeder aus ihnen mit ausdrucklichen Worten sagt, daß in solchen Libell des jedwedern letzter Will oder Testament enthalten seye, und die Zeugen bey der Unterschrifft Meldung thun, daß sie von allen, so testiren, seyen erbetten worden, und sie in Nahmen deren sich unterschrieben, und ihre Pettschafft beygedruckt haben. Idem Gail. loc. cit. n. 2. Wo er zu einer Sicherheit lehret, daß ein Notarius und die Zeugen deutlich bekennen sollen, daß sie solches Testament besiglen und unterschreiben (nemlich der Ehe-Leuthen reciprocirliches Testament) so wohl in Nahmen des Ehe-Manns als der Ehe-Frau, mit Benennung deren jedes in sonderheit. Valasc. dict. consult. 7. n. 3. Peck dict. cap. 19. n. 2.

2\. Weilen aber obbesagter massen Krafft des 1. Art. dises Tit. in unsern Vatterland genug ist, wann zwey oder drey Zeugen in ihrer Unterschrifft Meldung thun, daß der Testirer offentlich bekennt habe, daß in dem gegenwärthigen Libell, welches denen Zeugen zum Siglen und Unterschreiben vorgelegt wird, sein letzter Will begriffen seye. Also auch verordnet gegenwärtiger Art. Daß in solch der Ehe-Leuthen reciprocirlichen Testament genug seye, wann zwey oder drey aus denen Zeugen sonderheitlich sagen, daß sie von beyden Ehe-Leuthen sonderbar gehört und verstanden haben, daß in dem Libell, beyder Ehe-Leuth letzter Willen begriffen seye, und können die übrige ihre Unterschrifft kürtzer machen, und sich auf die vorige Zeugen beziehen, daß sie bekennen, wie die Vorige. Und obwohlen unser Art. allein vom schrifftlich reciprocirlichen Testament der Ehe-Leuth redet, so ist doch kein Zweiffel, daß nicht auch ein solch reciprocirliches Testament mündlich allein vor 7. Zeugen gemacht werden könne, werden auch hierzu als nothwendig 14. nicht erfordert, wann nur jeder Ehe-Theil mündlich seinen letzten Willen ausspricht, und der übrige beobachtet wird, was zu einem mündlichen Testament nöthig ist, dann es ist kein Ursach verhanden, daß ein anderes vom mündlichen Testament gesagt werden müsse, als von einen solennen schrifftichen Testament. Idem Peck cap. 19. n. 1.

3\. Was ist aber Rechtens, wann die Zeugen im solennen schrifftlichen Testament nicht exprimirt haben, daß sie von beyden Ehe-Leuthen gebraucht worden, und in beyden Nahmen das Testament besiglet, und unterschrieben haben? Hierauf antwortet Peck, es seye genug, daß die Zeugen von beyden Ehe-Leuthen erbetten worden, weil sie alsdann præsumirt werden, daß sie auch in beyden Nahmen sich unterschrieben, und besiglet haben. Uns aber kommt vor, daß dise Lehr nach unsern Land-Recht nicht Stich halte, welches in gegewärthigen Art. offentlich erfordert, daß wenigist zwey Zeugen in der Unterschrifft mit deutlichen Worten exprimiren solten, daß beyde Ehe-Leuth bekennt haben, daß in solchem Libell ihr letzter Willen begriffen seye. Dann gleichwie in einem einfachen Testament wenigist von zweyen Zeugen exprimirt werden müsse, daß der Testirer solche Bekanntnuß gethan habe, also auch wird zur Substanz und Solennität erfordert, daß in einem döppleten Testament wenigist zwey Zeugen mit ausdrucklichen Worten ausdrucken, daß sie solche Bekanntnuß von beyden Testirenden Ehe-Leuthen verstanden haben, weilen zur Erfüllung der Solennien und Substantialien der Testamenten die Præsumptiones nicht genug seynd.

Was ist aber zu sagen: Kan wohl ein solches reciprocirliches Testament der Ehe-Leuthen von einem allein ins besonder revocirt werden? Von diser Frag wird gehandlet in nachfolgenden Art.

Der dreyzehende Articul.

Es werden der Ehe-Leuth Testament, auf unterschiedliche Weeg gemacht, dann zu Zeiten geschiehts, daß zwey Ehe-Leuth ihr Guth zusammen schlagen, und als von einem gesambten Guth, miteinander und gleichsam aus einem Mund und Willen testiren, es kan auch der ein Ehe-Gemächt den andern Gewalt und Bewilligung geben, der es von seinem des Bewilligenden Ehe-Gemächts Guth, so wohl als seinem selbst eignen Guth testiren mög, aber der am meisten gebräuchige Weeg ist, wann ein jedes Ehe-Gemächt von dem Seinigen insonderheit testiret, doch alles in einem Libell.

In allen disen und dergleichen Fällen, soll jedem Ehe-Gemächt bevorstehen in Leb-Zeiten des anderen sein Testament, oder gegebnen Gewalt und Consens auch wider des andern Willen, zu widerruffen, da aber solche Widerruffung oder Machung eines anderen Testaments heimlich beschehe, also daß andere Ehe-Gemächt hierumen kein Wissenschafft vor seinem Absterben gehabt, und wäre vor deme, welches sein Testament also heimlich widerrufft, oder geändert hätte, verstorben, so soll desselben Testament, so weit das überlebende Ehe-Gemächt, oder dessen Freund darinen bedacht, auch für widerrufft gehalten werden. Ist aber ein solch Testament widerrufft oder geändert worden, nicht heimlich, sondern daß hiervon das andere Ehe-Gemächt Guth Wissen gehabt, auch nach solcher Wissenschafft ein so lange Zeit, daß es sein Testament ebenfalls wohl änderen mögen, gelebt, doch dasselb nicht geändert, so bleibt es kräfftig, uneracht der andere Ehe-Gemächt seinen letzten Willen widerrufft, oder ein anders Testament gemacht hätte. Ist aber das ein Ehe-Gemächt vor Aenderung ihrer Testament verstorben, so mag alsdann das Uberlebend, von seinem Guth, und in gemeinem Guth von seinem Theil testiren, nach seinem Gefallen, und ist an das vorige Testament nicht gebunden.

Summaria.

1. Ob der Ehe-Leuthen *reciprocirliches Testament* von einem Theil besonder widerrufft werden können?
2. Was Rechtens, wann sie geschwohren haben, daß sie solches nicht widerruffen wollen, ob ohneracht dessen die Widerruffung Platz habe?
3. Ob die Widerruffung wider Willen des anderen Theils geschehen könne?
4. und 16. Und nicht allein im Leben des Ehe-Gattens, sonder absonderlich nach dessen Todt?
5. Auch in der Helffte der gemeinschäfftlichen Güther?
6. Wann sie schon Fremde, aus Mangel der Noth-Erben zugleich als Erben eingesetz haben?
7. Ob denen Elteren das Recht zu *testiren* verbleibe, wo nach Gewohnheit des Orts die *Unio Prolium* eingeführt worden?
8. Ob ein Ehe-Theil dem andern den Gewalt und Erlaubnuß geben könne, daß er über das Seinige eben wie über das Eigne *testiren* könne?
9. Ob dise Freyheit der Ehe-Leuthen und dise *Licenz* auch auf andere Persohnen zu erstrecken seye?
10. Ob dise *Licenz* allein von denen Ehe-Leuthen gegeneinander in vermischten Gütern gegeben werden könne, oder auch in Güthern, die niemahlen vermischt worden?
11. Was für eine Würckung die von einem Ehe-Theil geschehne Widerruffung habe?
12. Was Rechtens, wann heimlich von einem Theil die Widerruffung geschehen, ob nicht auch des andern *Testament* still-schweigend für widerruffen zu halten seye?
13. Wann aber die Widerruffung so heimlich geschieht, daß auch nach dem Todt des andern Ehe-Theils solche hat verborgen werden können,

können, ob der Uberlebende den Theil gewinne?

14. Wem des überlebenden Ehe-Theils und seiner Freund Erbs-Theil zufallen? aus einem solch still-schweigend widerruffnen Testament?

15. Ob die Wort des Art. oder dessen Freund, zu verstehen seyen allein von Bluts-Freunden, oder auch von anderen Befreunden und Freunden?

1. Es wird ein dreyfacher Unterschied gemacht; Dann entweders thun die Ehe-Leuth in einem Libell zwar gemeiniglich und zu nicht einander testiren, aber ein jeder aus ihnen sonderheutlich nur über seine eigne Güther: Welche Arth zu testiren die gemeiniste ist, wie der Art. gantz recht sagt, daß diß der am meisten gebräuchige Weeg seye: Oder die Ehe-Leuth vermischen ihre Güther unter einander, und machen darüber mit vereinigten Willen eine Verordnung: oder ein Ehe-Theil gibt dem anderen den Consens und Gewalt, daß der ander nicht minder über seine, als über die eigne Güther disponiren könne. Nun ist unsers Art. erste Resolution, daß jedem Ehe-Theil frey stehe, seinen letzten Willen zu widerruffen, welcher auf eine der oben besagten drey Arthen gemacht worden. Aus Ursach, weilen des Menschen Willen veränderlich ist, biß auf den letzten Augenblick. L. 4. & L. hic status 32. ff. de adim. legat. Weil der letzte Willen keine Schuldigkeit vor dem Tod nach sich ziehet, wodurch derselbe allein bestättiget wird, und zu Kräfften kommt. Und deßwegen lehren die DD. gemeiniglich, daß, ohneracht die Ehe-Leuth eine Reciprocation machen, ein jeder allein ins besondre das Testament widerruffen könne, nicht anderst, als wann er in einem besonderen Libell sein Testament gemacht hätte. Gail. loc. cit. n. 2. Mynsing. cent. 1. observ. 8. n. 5. Hartm. Hartm. tit. 21. de pact. obs. 3. Pet. Peck. de test. conjug. lib. 1. cap. 43. Dauth. de test. ad tit. qui test. fac. poss. n. 84. Moller in semest. lib. 4. cap. 22. Valasc.
2. consult. 7. n. 7. Welches Mynsing. loc. cit. n. 11. in so weit erstreckt, daß die Widerruffung Platz habe, wann schon ein und anderer Theil aus denen Ehe-Leuthen geschwohren hätte, daß er seinen letzten Willen nicht revociren wolle. Welcher Sentenz zwar unter denen Civilisten und Canonisten strittig ist, deren die erstere, das ohneracht des Eyds der letzte Will könne widerruffen werden, die andere aber das Widerspiel behaupten, wie Joan. Daut. ad tit. de mutand. test. potest. n. 89. & seq. Und Gloss. marg. gantz subtil ausführen. Wo sie auch eine andere Frag setzen, ob ein solcher, der geschwohren hat, daß er sein Testament nicht widerruffen wolle, wann er solches nichtsdestoweniger widerrufft, als ein Meineydiger gestrafft werden könne? Wo sehr viele für und wider angeführt werden, welche der geneigte Leser, wanns beliebig, alldort finden kan.

Und diß wird erweitert 2. Daß dise Widerruffung geschehen könne von einem Theil, wann schon der andere nicht einwilliget. 3. Aus Ursach, dann obwohlen die Ehe-Leuth in einem Libell ihren letzten Willen aufrichten, so seynds doch in der That zwey Testament, also daß jedem Theil gantz frey stehet, seinen eignen Willen nach Gefallen abzuändern, also daß die DD. bey ermelten Dauth. loc. cit. wollen, es seye die Substanz eines Testamens, daß es abänderlich seye, dann wann der letzte Will nicht kan verändert werden, alsdann ist er der letzte nicht, gleichwie unmöglich ist, ut figura sit rotrogona, & non habeat tres angulos. Wie die Glossa ad dict. Dauth loc. cit. ad. n. 88. lit. S. redet.

Wird erweitert 3. Daß ein und des anderen letzter Will abänderlich seye, nicht allein in Lebs-Zeiten des Ehe-Gattens, sonder auch nach dessen Todt. Mynsing. & Dauth. loc. cit. Ant. faber ad tit. Cod. de test. defin. 8. Weil der Tod des Ehe-Gattens zwar des Vorverstorbnen Willen bestättiget, was sein Testament betrifft, auf keine Weiß aber kan derselbe des überlebenden Ehe-Theils Testament veråndern. 4.

Wird erweitert 4. Wann schon die Ehe-Leuth nicht besonders über ihre Güther disponirt hätten, sonder nachdem solche vermischt worden, welches die andere Arth unsers Art. ist, und also jeder Theil mit einander über die vermischte Güther testiret hätten, weilen nichts destoweniger in der That das Testament doppelt ist, weilen die Persohnen dopplet seynd, also daß jede darfür gehalten wird, daß sie über die Helffte der Güther testire, so folglich kan der Uberlebende seinen Willen zuruck ruffen; wie sonderheitlich von disem Casu schon redet Mynsing. cent. 1. observ. 8. n. 5. & seq. 5.

Wird erweitert 5. Daß diß auch weiters Platz habe, wann entweders die Ehe-Leuth einander selbst, weil sie villeicht keine Kinder oder Noth-Erben haben, oder gantz Fremde zugleich als Erben eingesetzt hätten, aus gleicher Ursach, weilen in der That zwey Testament verhanden seynd, und folglich jedes auf des jedwedern Ehe-Theils Willen nach Gefallen widerrufflich ist. 6.

Was

7. Was ist aber 6. Rechtens, wann nach Gewohnheit eines Orts die Vereinbahrung der Kinder zerschiedner Ehen eingeführt worden, mit Unterlauffung all desjenigen, was hierzu erfordert wir? Woruber zu lesen ist Gail 2. observ. n. 125. Und Besold. in delib. fol. 122. Und ob denen Elteren, welche dergleichen Vereinbahrung der Kinder machen, das recht zu testiren mit einander, oder separirter, und das Testament zu widerruffen verbleibe: Vid. dict. Gail. loc. cit. n. 10. Gilken. in L. pactum, quod 15. n. 104. Rick. Der von Vereinbahrung der Kinder einen gantzen Tractat geschrieben hat. Cap. 3. vers. 3. Fichard. vol. 1. consil. 74. n. 7. & consil 89. n. 1. Wir wollen von diser Materi nicht reden, weil sie in unsern Vatterland nicht im Brauch ist, wann wir solche Gewohnheit mit denen Rechts-Gelehrten, ohneracht des gemeinen Rechts, Krafft dessen durch Pactirung kein Erbschafft kan gegeben werden, approbiren, so müssen wir mit Riehio gantz recht zulassen, daß in der That die Erlaubnuß zu testiren benommen worden seye, weil wir nicht sehen, worüber die Eltern noch testiren können, dann dise Vereinbahrung der Kinder denselben alle der Eltern Güther schon in Lebs-Zeiten Krafft des Pacts zueignet, daß weder eine Reu, noch eine Widerruffung mehr Platz hat.

8. Die dritte Arth zu testiren unter Eheleuthen, von welcher unser Art. handlet, hat eine grössere Beschwehrnuß. Dann also redet der Art. Es kan auch der ein Ehe-Gemächt dem andern Gewalt, und Bewilligung geben, daß es von seinem des bewilligenden Ehe-Gemächts Guth sowohl, als von seinem selbst eignen Guth testiren mög: Das ist, es kan ein Ehe-Theil dem anderen Gewalt geben, daß er von seinen, das ist, des einwilligenden Ehe-Theils Güthern so wohl als von eignen testiren könne. Welche wider den Text des L. illa institutio 32. ff. de hæred. instit. lauffet, wo gesagt wird, daß der letzte Will nicht von des anderen Willen abhangen könne, die Wort des Gesatz seynd dise: Jene Erbs Einsetzung, welche der Titius hat haben wollen, ist deßwegen nichtig, weil sie fremden Willen überlassen worden; Dann die Alte haben standhafft genug beschlossen, daß die Testament an sich selbsten krafftig seyn, und nicht von des anderen Willen abhangen sollen. Dessen ist die Ursach, Krafft der Gloss ibidem sub Lit. f. weilen der Testirer jenes in fremden Willen überschreiben will, was kaum seinen Willen zugelassen wird, nemlich etwas verordnen über seine Sachen, auf jenen Fall, wo solche Sachen nicht mehr sein seynd. Mehrere Text ziehet an Gloss sub dict. Lit. f. daß weilen das Testament nichtig ist, in welchem der Nahmen des Erben nicht von Testirer selbsten exprimirt worden, L. jubemus §. quod si non fuerit Cod. de testam. Es mag das Testament zierlich und schrifftlich, oder mündlich vor denen Zeugen gemacht worden seyn, so folgt für sich selbsten daß der Gewalt unnutzlich seye, welchen ein Ehe-Theil dem anderen gibt, daß er so woh über des Einwilligenden, als über eigne Güther testiren könne. Es ist zwar wahr, daß anscheine, daß in cap. cùm tibi 13. X. de testam. Schnur gerad das Widerspiel verordnet worden, Krafft der Worten: In der anderen Frag sagen wir, daß jener, welcher seinen letzten Willen in des anderen Willen überlaßt, nicht anscheine, ohne Testament zu sterben. Und obwohlen einige bey Covar. ad dict. cap. cùm tibi 13. n. 15. X. de testam. Diß allein bey milden Wercken zu lassen, wie solches auch also die Glossa auslegt; welche sagt, das Testament ist giltig, wann einer seinen letzten Willen eines anderen Willen überlaßt- und wird genennt, daß er zu milden Wercken testirt habe, so haltet doch Ant. Perez ad tit. Cod. de hæred. Instit. n. 6. aus Sarmiento lib. 2. select. interpret. cap. 6. glathin darfür, daß solche Verordnung dem Geistlichen Recht nach giltig seye, es mag solche zu milden Wercken, oder sonsten zu was andern gemacht worden seyn. Welches wir glauben glaublich zu seyn, wann Perez und Sarmiento von Ländern reden, welche zur Römischen Kirchen gehören, oder von testirenden Geistlichen. Dann weilen der Text. in L. illa Institutio 32. ausdrucklich das Widerspiel in sich begreifft, und schon oben gesagt worden, daß in Weltlichen Landen die Testamentliche Solennitäten werden müssen, weil selbe kein Sünd in sich haben, so folgt, daß dises Päbstliche Gesatz in cap. 13. X. de test. die weltliche Leuth nicht angehe; Welches auch aus deme sattsam erhellet, weilen Krafft der Glossa ibid. sub lit. N. und Krafft des Perez dict. n. 6. dise Verordnung ein Theil und zwar der letztere des cap. 18. X. de V. S. ist: Weilen nun aus dem vorgehenden Theil klar erhellet, daß der Pabst allein von Geistlichen und deren Testamenten befragt worden, so muß solche Constitution die weltliche Leuth nicht angehen, und auf selbe nicht extendirt werden.

Unterdessen vermeynen wir, klar zu seyn, daß unser Art. denen Ehe-Leuthen dise Licenz mittheile, daß einer dem andern

dern den Gewalt geben könne, von jedwedern Güthern testiren zu können. Es scheint, daß in disem unser Art. die Æquität der Geistlichen Rechts, die Strenge des Burgerlichen Rechts vorgezogen habe, und also dißfalls unter dem gemeinen und unsern Land-Recht ein Unterschied seye. diff.

9. Was ist aber zu sagen, ist wohl dises für ein besonderes Privilegium der Ehe-Leuth zu halten, oder dise Licenz auch auf andere Persohnen zu erstrecken? Und wir antworten, daß, weilen nach der allgemeinen Regul die Correction des gemeinen Rechts allzeit gehässig, und allen Orten zu verhietten ist, L. Sancimus 27. Cod de test. L. 1. Cod. de inoffic. dot. und nicht von einem zu dem andern Casu erstreckt werden kan, dise Verordnung ausser dem Casu unsers Art. welcher in specie allein von Ehe-Leuthen, welche einander von jedweders Güthern zu testiren Erlaubnus geben, redet, auf keine Weiß zu extendiren seye, absonderlich, weilen bey denen Ehe-Leuthen ein besondere Ursach unterlaufft. Dann von darumen dise Formulen, wodurch die Erbs-Einsetzung auf des dritten Willkuhr ausgesetzt wird, zum Exempel, ich setze jene für meine Erben ein, welche der Titius wird haben wollen: oder, wann der Titius wird Gewalt haben, so soll der Sempronius mein Erb seyn, Krafft des Text. in L. illa 32. & si quis 68. ff. de hæred. inst. verbotten seynd, weil sie genennt werden captatoriæ L. captatorias 70. &. L. 79. ff. de hæred. Inst. Gottofred. ibid. & Covar. ad dict. cap. cùm tibi 13. n. 1. Gail. 2. obs. 117. n. 1. & 3. Jul. clar. §. Testamentum quæst. 6. n. 5. wo er dise Einsetzung Institutionem captatoriam nennet, weilen præsumirt wird, daß solches in Hoffnung eines Gewinns geschehe, welche das Votum captandæ mortis nach sich ziehet. Gottofred. loc. cit. nennt dise Erb-Einsetzung hamatam ficatam. wodurch man mehr sucht, als gibt, Covarn. aber ad dict. cap. cùm tibi 13. n. nennet sie aucupatoriam. um folglich zu fangen. Bey denen Ehe-Leuthen aber weicht dise Præsumption, weil darfür gehalten wird, daß solches Vertrauen aus gegeneinander tragender Lieb und Affection herstamme. Val. cit. consult. 7. n. 6. Und dahero last D. Gail. lib. 2. obs. 117. n. 4. frey zu, daß die Ehe-Leuth mit schmeichlenden und guten Worten einander zum Erb-Einsetzung, oder Legaten Vermahnunng anreitzen können, wann nur, wie Bern. Græv. n. 7. beysetzt, nur kein Forcht-Einjagung mit einschlagt, und das Schmeichlen nicht gar zu überlästig gewesen, also daß der Mann das zuvor gemachte Testament wegen beständigen Antrieb des Weib widerruffen hat. Hierüber doch kan gelesen werden Beck. lib. 1. cap. 9. per totum.

Aber könnte nicht gesagt werden, damit wir nicht gar zuweit von der Verordnung des gemeinen Rechts abweichen, daß unser Art. allein von jenem Casu verstanden werden müsse, wann die Ehe-Leuth ihre Güther gegen einander eingeworffen, und confundirt, oder vermischt haben, also daß alsdann die Verordnung des L. 32. ff. de hæred. Inst. keinen Platz haben zu können anscheint, weil jeder Ehe-Theil in dem Fall, da die Güther vermischt seynd, und von anderen die Licenz acceptirt worden, vilmehr darfür gehalten wird, daß er von eignen Güthern testire, als von Fremden? Gewiß wir seynd lang angestanden, aber zweifflen nicht, daß auch dise Licenz Platz habe, wo unter Ehe-Leuthen die Güther untereinander nicht vermischt worden. Aus Ursach, weil in unser Art. der Casus vermischter Güther gantz abgesöndert ist von dem Casu, da die Ehe-Leuth einander die Licenz und Gewalt geben, von NB. nicht gemeinsammen Güthern, sonder von jedem eigenthumlich zustehenden Güthern zu testiren, welche Wort: Von des bewilligenden Guth so wohl, als von des anderen Ehe-Gemächts eigenen Guth zu testiren &c. Die Vermischung der Güther klar ausschliessen, und præsupponirten, daß jeder Ehe-Theil die Herrschafft über seine Sachen vorbehalten habe; wir schliessen also standhafft, daß in disen Worten ein besonderer Unterschied zwischen dem gemeinen und unsern Land-Recht enthalten seye. 10.

Obwohlen nun gewiß ist, daß in all disen drey Gattungen von jedem Ehe-Theil der letzte Will heimlich, oder auch wider des anderen Ehe-Theils Willen, oder ohne Licenz über des anderen Güther testiren zu können, widerruffen werden könne. Nichts destoweniger doch ist ein andre Frag übrig, was für eine Würckung solche Widerruffung nach sich ziehe? Unser Art. macht einen Unterschied, ob ein oder der andere Ehe-Theil die Widerruffung gethan, mit oder ohne Consens des anderen Ehe-Theils, da beyde noch im Leben, oder ein Theil schon gestorben ist? 11.

Wann die Widerruffung von einem Ehe-Gemächt heimlich geschehen ist, also daß der andere vor dem Todt von der Veränderung des Willens gar kein Wissenschafft gehabt hat; So gilt zwar die Widerruffung, und nach dem Todt des Widerruffers fallen die Güther jenem zu, welchen solche durch die neue Disposition verlassen worden. Unterdessen doch, wann 12.

jener Theil, der von des andern Testament Abänderung nichts gewußt hat, vorverstorben ist, so muß auch des verstorbenen Ehe-Theils Testament für revocirt gehalten werden, in so weit selber zu Favor des Uberlebenden oder dessen Befreinden errichtet worden ist. Wann aber die Widerruffung nicht heimlich geschehen, sonder mit Wissen und Willen des anderen Ehe-Theils, welcher nach der Widerruffung und Abänderung so lang gelebt hat, daß auch er sein Testament änderen könneu, so er doch nicht gethan, so wird darfür gehalten, daß er die Widerruffung approbirt habe, und in seinem vorigen Willen, ohnerachtet der vom anderen Ehe-Theil beschehnen Widerruffung verbliben seye. Aus welchem folgt, daß um so mehr eines solchen Ehe-Theils Testament kräfftig verbleibe, wann er in die Widerruffung und Veränderung des anderen Ehe-Theils ausdrucklich consentirt hat, weil der ausdruckliche Consens stärcker ist, als nur das blosse Wissen und Zusehen, so nur einen præsupponirten Consens ausmacht.

13. Was ist aber Rechtens, wann die heimliche beschehne Widerruffung beständig verborgen geblieben, biß der andere Ehe-Theil, der von der Revocation nichts gewußt hat, vorverstorben ist, ist nicht die Verordnung dises Art. alsdann umsonst, und der Uberlebende erlangt jenes, was ihme in des anderen Ehe-Theils Testament hinterlassen worden? Und wir antworten, daß wann die Revocation so heimlich geschehen, daß auch nach dem Tod des verstorbnen Ehe-Theils solche hat verborgen werden können, zufälliger Weiß geschehe, daß der Uberlebende das Vermachte bekomme, aber mit Unrecht, welches er mit guten Gewissen nicht behalten kan. Dann es wird, wie wir gesagt haben, des vorverstorbnen Ehe-Theils Testament von Rechtswegen gleichfalls für Widerruffen gehalten, in so weit es den Favor des revocirenden Ehe-Theils und seine Befreunde betrifft. Was immer nun sie aus einem solchen revocirten Testament empfangen, ist mehr ein Raub, als eine gerechte Erwerbung. Es kan aber kaum geschehen, daß die Widerruffung des Testaments so heimlich vorbey gehe, daß nicht endlich der Betrug offenbar werde, weil bey dem Testament Machen so vil Zeugen gebraucht, und alles offentlich verrichtet werden muß. Obwohlen nun ein solcher von darummen, daß er sein Testament heimlich verändert hat, nicht kan gestrafft werden, weil er gethan hat, was er zu thun befugt gewesen, so kan er doch, wann er aus solchem von Rechtswegen revocirten Testament nach heimlich verborgener Widerruffung ihme etwas ungerecht zu kommen lassen, nicht unbillig nach Beschaffenheit der Unständ nach Richterlicher Willckur gestrafft werden.

Wann man fragt, wem aber des überlebenden Ehe-Theils und dessen Befreunden Erb-Theil zufallen? So antworten wir kürtzlich; Entweder thut der überlebende Ehe-Theil mit denen Seinigen Krafft des vorverstorbenen Ehe-Theils etwas als ein instituirter universal Erb, oder nur ein particular Legat oder Fidei-Commiss erhalten. In dem letzteren Fall, ist an sich selbsten klar, daß die widerruffene Legata Fidei-Commissa dem eingesetzten Erben zuruck fallen. In dem ersten Fall aber, das ist, wann der Ehe-Theil selbst mit denen Seinigen als Erb eingesetzt worden, so fallt die Erbschafft, weilen von Rechtswegen die Erbs-Einsetzung revocirt worden, denen Erben ab intestato zu, wann nicht villeicht ein anderer Fremder neben dem überlebenden Ehe-Theil als mit Erb eingesetzt worden, dann solchen Falls die Erbs-Portion des überlebenden Ehe-Gattens dem Mit-Erben zuwachset, weil niemand zum Theil mit einem Testament, und zum Theil ohne Testament absterben kan. L. Jus nostrum 7. ff. de R. J. Und die Causa testati nach sich ziehet die Causam intestati L. quoties 9. §. si duo 13. L. si quis hæredes 14. L. si ita quis 66. ff. de hæred. inst. von welch allem an seinem Ort weitläuffiger wird gehandlet werden. Wir haben doch in specie von einem fremden Mit-Erben Meldung gethan, dann, wann neben dem überlebenden Ehe-Theil dessen Befreunder ein Mit-Erb eingesetzt worden, so wird darfür gehalten, daß auch desselben Erbs-Einsetzung widerruffen worden, und also die Erbschafft denen Erben ab intestato zufallete. 14.

Diß aber scheint sehr zweiffelhafftig zu seyn, ob die Wort unsers Art. (oder dessen Freund darin bedacht) allein von Bluts-Freunden zu verstehen seye, oder ob sie auch können verstanden werden von anderen Verwandten und Freunden, weil das Wort Freund General ist, und nicht allein die Blut-Verwandte sonder auch andere Freund einschließt? Wir haben in vorgehenden allzeit von Bluts-Freunden gered, weil unter dem Nahmen der Freundschafft die Bluts-Freund beyden Männlich- und Weiblichen Geschlechts begriffen werden. Tusch pract. conclus. Lit. B. conclus. n. 7. & seq. 15.

Wir aber vermeynen, jener werde nicht fehlen, der wird gesagt, daß auch jenes in solchem Testament für stillschweigend von Rechtswegen revocirt gehalten werden müsse, was nicht allein denen Bluts-Freunden des überlebenden Ehe-Gatts, sonder auch anderen dessen guten Freuden vermacht worden. Aus Ursach, weilen præsumirt wird, daß solche Vermächtnuß in Ansehung des überlebenden Ehe-Theils geschehen seye. Wann also solche von Rechtswegen widerruffen ist, was dem Uberlebenden Ehe-Theil vermacht werden, warum nicht auch jenes, was dem anderen in Ansehung des Ehe-Gatts vermacht worden.

16. Es ist auch in allen Rechten die Abänderung der Testamenten der Ehe-Leuthen zugelassen. wann man setzt, daß die Ehe durch den Tod aufgelöst seye. Aus Ursach, weilen alsdann die Sach auf den Fall ankommt, wo das Testament seine Würckung erhaltet; Was immer nun dem Uberlebenden aus des Vorverstorbenen Testament zukommt, das ist sein eigen worden, also daß er hierüber ohne Anstand frey disponiren kan.

Man wird einwenden, daß der Vorverstorbene Ehe-Theil von darumen die vorige gemeinschäfftliche Verordnung zu Favor des vor verstorbenen Ehe-Theils gemacht habe, weil der überlebende Ehe-Theil reciprocè für sich und die Seinige aus des Vorverstorbenen, wann er überlebt hätte, Testament eben disen Favor hat erwarthen können, und also sehr hart ist, daß nach dem Tod er sein Testament widerruffen, und also nicht zwar in eigner Persohn (zumahlen ein Todter nichts mehr nöthig hat) sonder in den Seinigen an der Hoffnung betrogen werden könne. Hierauf antworten wir, diß seye die Natur und innerliche Beschaffenheit der Testamenten, welche in ihrer Substanz unveränderlich ist, wie wir kurtz zu vor gesagt haben; Und weilen sich das Widerspiel hätte zutragen können, daß der Uberlebende vorverstorben wäre, wo eben diser freye Willen dem vorverstorbnen Ehe-Theil verblieben wäre, so kan nicht übel aufgenommen werden, daß sich also das Glück gewendet habe.

Wir glauben kräfftiglich, daß diß der wahre Verstand unsers Art. in allen der Ordnung nach durchsuchten Puncten seye, obwohlen in der That der Orten Gewohnheiten in keiner anderen Materi, als bey Erb-Nehmung der Ehe-Leuth, und ihrer Testamenten mehrers unterschieden und veränderlich seyen. Lese auch über dise Materi, ob und welcher Gestalten eines der Ehe-Leuth das gemeinsame Testament entweders gantz, oder für seinen Theil widerruffen könne? Den Matth. Berlich. in aur. decis. decis. 92. Besold. decad. 3. cons. 6. bapt. Cæsar. in cons. Illust. part. 2. cons. 54. & 55. Moler. 4. semest. cap. 22. n. 4.

Der vierzehende Articul.

Wurdet einer Frauen die Nutz-Niessung aller Haab und Güther in gemein, und nicht nur auf etlichen gewissen Stucken, oder Geld-Summen vertestirt, und seyn von dem Testirer Kinder verhanden, so hats den Verstand, daß sie allein die Unterhaltung und Nahrung bey den Güthern hat, und derowegen schuldig ist, um die aufgehabne Nutzungen, den Kindern, als ein Vormünderin, Rechnung zu thun; seyn aber keine Kinder von den verstorbnen Testirer verhanden, so hat die Frau die Nutz-Niessung vollkommentlich.

Summaria.

1. und 8. Ob der Mann das Weib mit der Nutz-Niessung aller Güther als Erbin oder sonsten einsetzen könne?
2. Wann Kinder vorhanden seynd, ob solche Verordnung der Nutz-Niessung aller Güther denenselben an der Nothgebür schade?
3. und 6. Ob, wann die Nutz-Niessung aller Güther vermacht worden, darfür gehalten werde, daß dem Weib allein die Unterhaltung und Nahrung vermacht worden, da Kinder obhanden seynd?
4. Was Rechtens, wann keine Kinder vorhanden seynd, und ein Fremder als Erb eingesetzt worden, ob nicht dem Weib die völlige Nutz-Niessung gebühre?
5. Ob die Erben auffsteigender oder Seithen-Lini für Fremde gehalten werden?

7. Ob

1. In unsern Vatterland ist die gemeiniste Arth zu testiren der Ehe-Leuthen, daß ein Ehe-Theil den Uberlebenden, und absonderlich der Mann das Weib in der Nutz-Niessung aller Güther für seinen Erben ersetze, welche Einsetzungen meistens in denen Ehe-Pacten zu geschehen pflegen, also daß gesagt wird; daß, wann geschieht, daß der Mann vor dem Weib mit oder ohne Kinder absterbe, dem überlebenden Weib die Nutz-Niessung aller des verstorbnen Manns-Güther verbleiben müsse. Wann also der Tod erfolgt ohne Kinder, so ist kein Zweiffel, daß nicht dem hinterlassnen Weib die vollständige Nutz-Niessung gebühre, und die letzte Wort dises Art. seynd dißfalls klar, weilen der Testator die vollständige Nutz-Niessung einem Fremden hätte vermachen können, warum also nicht auch dem überlebenden Weib? Wann aber die Nutz-Niessung dem Weib zu Præjudiz der Kinder verlassen worden, so ist eine grosse Frag, was darfür gehalten werden, das dem Weib vermacht worden seye?

2. In dises thun alle Rechts-Gelehrte einwilligen, daß, wann der Mutter die Nutz-Niessung aller Güther vermacht worden, die vogtbare Kinder, ohnerchtet aller Testamentlicher Verordnung von der Mutter ihr Noth-Gebühr fordern können. Aus Ursach, weilen die Noth-Gebührnuß gleich nach dem Tod der Eltern mit vollständigen Recht ohne Beschwerde mit dem Eigenthum und Nutz-Niessung denen Kindern gebührt als ein Schuld aus Vorsehung der Rechten. Stehet also nicht in des Vatters Gewalt, daß er solche mit Abziehung der Nutz-Niessung mindere, und in der That denen Kinderen den Unterhalt entziehe. Hierüber ist ein klarer Text in Novell 18. cap. 3. Wo der Justinianus sehr hefftig über die Eltern auffahret, welche sich nicht Vätterlich, noch als dapfere Männer, wie sich gebühret, sonder gegen die Weiber zu mild aufführen, und ihnen all seiner Güther Nutz-Niessung hinterlassen, denen Söhnen aber diß blosse Eigenthum. Und hernach zu End verordnet er, daß künfftig niemand, der Söhn hat, erlaubt seyn soll, etwas solches zu thun, sonder, daß ihnen von der Noth-Gebühr, welche er in vorgehend 2. cap. ausgeworffen hat, die Nutz-Niessung und das Eigenthum verlassen werden solle, wann einer nicht will genennt werden ein Vatter der vom Hunger sterbenden, sonder leben wollenden Söhnen, welches gleichfalls enthalten ist in auth. Noviss. Gloss. nec usufructu. Cod. de inoff. testam. Gail. lib. 2. obs. 144. n. 8. Myns. cent. 5. obs. 37. fuse Ant. Gabr. lib. 5. de usufr. conclus. 2. per tot.

Ob aber eine solche Verordnung der Nutz-Niessung aller Güther, so zu Præjudiz der Kinder vermacht worden, da Kinder verhanden, auf die blosse Unterhaltung und Nahrung extendirt werde, ist dem gemeinen Recht nach bey denen Gelehrten sehr strittig; und obwohlen Gail. und Myns. loc. cit. bezeugen, daß dise Meynung beym Kayserlichen Cammer-Gericht angenommen seye, und daß hiernach in dem Piemontesischen Rath also gesprochen worden seye, Ant. faber in suo Cod. tit. de legatis. defin. 14. sagt, und dise Meynung für allgemein ausschreit Menoch. præsumpt. 139. n. 4. Mascord. de prob. conclus. 49. n. 18. Joan. Pet. surdus tract. de alim. tit. 2. quæst. 15. n. 12. so widerspricht doch solches ernsthafft Fachin. controv. lib. 5. cap. 47. deme beyfallet Græv. ad Gail. lib. 2. conclus. 144. Lese auch Ant. Gabr. dict. lib. 5. de usufruct. conclus. 2. per tot. Und Mant. de conject. ult. volunt. lib. 9. tit. 7. Und obwohlen diser letzterer Sentenz dem Recht ähnlicher ist, weilen wir denen Gesätzen nach, und nicht nach denen Gewohnheiten, welche Buldarus allegirt, richten müssen, so nimmt doch unser Art. die vorige Meynung an, Zweiffelsohne aus der Ursach, weil in Reich nach Lehr der Cammeralisten eine recipirte und in unsern Statuten bekannte Sach ist, daß mehr der gemeineren und gelinderen Meynung als der schärfferen zu folgen seye. Wir hätten hier gern einen Unterschied zwischen dem gemeinen und unsern Land-Recht gesetzt, wann 3.

 nicht

nicht dise Anmerckung die Authorität der Authorum verbotten hätte.

Gesetzt nun, daß, nachdeme die Nutz-Niessung aller Güther sowohl beweglich als unbeweglich vermacht worden, daß Weib die Regul halten müsse, daß ihr nur eine sattsame Unterhaltung und Nahrung vermacht worden seye, so

4. Sagen wir 1. Diß seye alsdann erst wahr, wann Kinder verhanden, aus Ursach, weilen dise Erdichtung, daß unter dem Nahmen vermachter Nutz-Niessung aller Güther allein die Unterhaltung dem Weib vermacht worden zu seyn erachtet werde, zu Favor der Kinder geschieht, wann man also setzt, daß ein Fremder in dem Eigenthum aller Güther für einen Erben eingesetzt worden, das Weib aber in der Nutz-Niessung, so erlangt das Weib die vollständige Nutz-Niessung, weil sich der Favor der Kinder auf Fremde nicht erstreckt Ant. Gabr. de usufruct. conclus. 3. per tot.

5. Ja wir sagen 2. Daß auch die Erben aussteigender Lini dißfalls für fremde Erben gehalten werden, wie aus Barth. Angel. Aretin. und anderen lehret Ant. Gabr. loc. cit. conclus. 2. n. 55. also um so mehr auch, wann die Seithen-Freund für Erben eingesetzt worden, werden selbe für fremd gehalten. Ant. Gabr. loc. cit. n. 54. Wo er die Ursach beysetz, daß die Gewohnheit des Bulgari genau zu nemmen, und ausser dem Casu der überlebenden Kindern nicht zu erstrecken seye. Wir sagen klärer, daß, weilen die Verordnung unsers Art. dem gemeinen Recht zuwider, und allein von Kindern redet, solche auf die Erben aussteigender, oder Seithen-Lini nicht extendirt werden könne, noch solle, weil, was das gemeine Recht corrigirt, sehr genau zu nemmen ist.

6. Und obwohlen 3 Myns. loc. cit. n. 6. & Gabr. loc. cit. n. 53. wollen, daß dise Verordnung allein von Kinderen einer Ehe, und nicht von Kinderen voriger Ehe zu verstehen seye, so scheint doch, daß diser Meynung unser Art. zuwider seye, in den Worten: Und seynd von dem Testirer Kinder verhanden. Es redet also unser Lands-Verordnung auf keine Weiß von gemeinsamen Kindern, sonder von Kindern des Testirers, welche er auch aus vorigen Ehe hat haben können. Und ist die Ursach, weilen, gleichwie Krafft der citirten Novell 18. cap. 3. denen Kindern erster Ehe die Eltern die Noth-Gebühr, so mit keiner Nutz-Niessung beschwärt ist, schuldig seynd, also auch wann die Nutz-Niessunng aller Güther dem Weib hinterlassen worden, wird præsumirt, daß solche hinterlassen worden, allein zur ehrlichen Unterhaltung und Nahrung des Weibs, weilen die Kinder erster Ehe den Testirer nicht minder, als die Kinder anderter Ehe angehen, und also gleichen Favors würdig seynd.

7. Wir sagen 4. Daß jedoch unter dem Nahmen der Kinder auch die Enckle und Ur-Enckle verstanden werden, wie das Sprichwort ist, daß die Enckle in den Grad der Kinder eintretten, und gleichen Favor haben; diß doch ist zu verstehen von rechmässigen Kindern, und deßwegen wird solche Gewohnheit in Testament eines Geistlichen nicht angenommen, wie sagt Idem Ant. Gabr. loc. cit. n. 58.

8. Es macht auch 5. Art. keinen Unterschied, auf was Weiß, und mit was für Worten dem Weib die Nutz-Niessung aller Güther vermacht worden, es mag der Testirer sie eine Frau, eine Massa Versorgerin, Hauß-Halterin, Herscherin, Verwalterin genennt haben, weil dise Freyheit nicht in Worten bestehet, sonder in der Sach selbsten, und wird allzeit præsupponirt, daß der Vatter seine Kinder lieber habe, als die Weiber, absonderlich nach dem Tod, wann die Eheliche Lieb unter dem Wasen ligt, und denen Weibern nur Ehr-halber dergleichen Titul zugelegt werden, deren Herrschafft sich nicht über die Gungel, und Spinnel, oder bey Adelicheren über das Stichen und zu jetziger Zeit über das Stricken und Nehen, Haar aufbutzen und dergleichen unnutze Arbeiten erstrecken soll, welche sie, damit sie mit müssig Anscheinen, unter dem Karten-Spiel verrichten. Gail. dict. obs. 144. n. 3.

9. Wir sagen 6. daß wir bißhero allzeit von einer Ehe-Frau gered haben, welcher die Nutz-Niessung aller Güther vermacht worden: dann, wann ihr nur die Nutz-Niessung in einigen gewissen Gütheren, oder in einer gewissen Summa Gelds vermacht worden, wie der Art. redet: Nur auf etlichen gewissen Stucken, oder Geld Summen, so gebührt ihr die Nutz-Niessung völlig ohne Abbruch. Aus Ursach, weil die Ursach des Verbotts weichet, weilen denen Kindern durch Vermachnung solcher einschichtigen Nutz-Niessung nicht vil præjudicirt wird. Und dahero vermeynt Ant. Gabr. loc. cit. n. 31. daß sich dergleichen Vermachung der Nutz-Niessung auch auf die Helffte der gantzen Erbschafft erstrecken könne. Welches wir so glathin nicht zulassen. Dann wann durch solch übermässige Nutz-Niessungs Vermachung die Kinder an ihrer Nothdurfft beschädiget wurden, daß nemlich sie solche nicht vollständig bekommen, so gilt solche Nutz-Niessungs Vermächtnuß nicht. dict. Novell. 18. cap. 3. Ja wir sagen noch mehr, wann die Nutz-Niessung derhalben Erbschafft des Weibs nöthige Unterhaltung und Nahrung mercklich übersteigete, so

so seye solche Vermächtnuß Krafft unsers Land-Rechts nicht giltig: Dann unser Land-Recht gründet sich nicht in der blossen Bulgarischen Gewohnheit, sondern in dem Favor gegen die Kinder, damit dem Weib nicht ein zu grösses Recht aus der Vätterlichen Erbschafft zuwachse.

10. Eben dises 7. ist zu sagen, wann der Ehe-Frau die Nutz-Niessung aller Güther nicht auf ihr Leben lang vermacht worden, sondern nur auf eine gewisse benannte Zeit. Idem Ant. Gabr. Gail. und Mynſ. loc. cit. Wann nur solche eingeschränckte, und auf eine gewisse Zeit angesetzte Nutz-Niessungs Vermächtnuß denen Kindern die Noth-Gebühr nicht vermindert, und beschwärt, oder der Ehe-Frau nöthige Unterhaltung und Nahrung nicht übersteigt, dann dise laßt unser Land-Recht der Ehe-Frau aus denen Mittlen des Ehe-Herrn zu, nicht aber einen Gewinn, und Bereichung.

11. Eine höhere 8. Frag ist, wann aus denen Worten des Testaments klar erhellet, daß des Testirers Absehen gewesen, daß dem Weib auf ihr Leben lang die vollständige Nutz-Niessung zustehen solle, ob in disem Fall die Kinder nachgeben müssen? Und es scheint, es seye glathin mit Ja zu antworten, aus Ursach, weilen die Bulgarische Gewohnheit sich in der blossen Præsumption fundirt, daß der Testirer das Weib nicht mehrer geliebt habe, als die eigne Kinder, und also mit Vermachung der Nutz-Niessung aller Güther allein die Unterhaltung und Nahrung habe vermachen wollen, und keinen Gewinn: Die Præsumption aber muß der Wahrheit weichen. Idem Gail. loc. cit. n. 5. & Mynſ. dict. cent. 5. obſ. 37. n. 5. Wo er auch beysetzt, wie des Testirers Willen abgenommen werden könne. Dann es ist nicht genug, daß im Testament ausdrucklich geschrieben worden, ich vermache meiner Ehe-Frau die Nutz-Niessung all meiner Güther, oder wann er dergleichen Wort mehr gesagt hat, sondern muß sonderheitlich sagen, daß die Nutz-Niessung aller Güther ihr vollständig zukommen müsse, wann solche schon dessen Unterhalt übersteigt, oder gewiß müssen andere kräfftige Wort mit einschlagen, welche diß des Testirers Absehen an Tag legen. Ist nun diß geschehen, so wollen die Rechts-Gelehrte gemeiniglich, daß ohneracht der Bulgarischen Gewohnheit es bey des Verstorbnen Testament sein Verbleiben habe; Welches dem gemeinen Recht nach in so weit wahr zu seyn wir bekennen, wann der Kindern Noth-Gebühr in salvo ist, damit der Verstorbene der Lebendigen Vatter vilmehr, als der Todten genennt werden könne. Wie die Wort dict. Novell. 18. cap. 3. Weil dise Noth-Gebühr auf keine Weiß, und mit keinen Worten, sie mögen so wichtig seyn, als sie wollen, geminderet, oder beschwärt werden kan. Ob aber eben diß nach Innhalt unsers Articuls zu sagen seye, kan einer nicht unbillig Anstand nemmen, weil wir hier nicht in der Præscription, sondern in rechtlicher Verordnung begriffen seynd, und handlen, welcher der Testirer nicht entgegen handlen kan, aber dessen ohneracht, vermeynen wir, daß unsers Articuls dises Absehen seye, daß dem Testirer nichts destoweniger frey stehe, wann er will, dem Weib die Nutz-Niessung aller Güther (allein der Kinder Noth-Gebühr ausgenommen) wann schon solche Nutz-Niessung den nöthigen Unterhalt übersteigt, zu verlassen. Dann er braucht die auslegliche Wort: So hat es den Verstand, als will er gleichsam sagen, daß im Zweiffel nur die Præsumption seye, daß der Testirer wegen des Weibs nöthigen Unterhalt sorgfältig gewesen seye. Wo aber kein Zweiffel ist, und die Wort handgreifflich erklären, daß des Testirers Willen gewesen, daß die vollkommene Nutz-Niessung in allen Gütheren ausser der Kinder Noth-Gebühr dem Weib folgen solle, da hat ein Auslegung nicht Platz, und kan es den Verstand nicht haben, daß sie allein die Unterhaltung und Nahrung bey den Güthern haben soll.

Diß doch ist der Ehe-Frau zuzulassen, daß wann der Ehe-Herr ihr die Nutz-Niessung all seiner Güther vermacht hat, sie in Besitz der Güther bleiben, ihr selbsten aus denen Früchten zum Unterhalt Satisfaction verschaffen, und die überflüssige Früchten denen Kindern als Erben zustellen könne. Diß wird klar aus unsern Articul erwiesen, welcher der Witt-Frau die Rechnungs Ablegung aufbürdet, dann wann sie Rechnung geben muß, so wird sie darfür gehalten, daß sie eine Verwalterin seye. Es scheint, daß eben dises sage Ant. Gabr. de usuf. lib. 5. concluſ. 2. n. 56. wo er also redet: Obwohlen das Legat der Nutz-Niessung, so dem Weib gemacht worden, wann Kinder verhanden, eingeschränckt werde auf den Unterhalt, so ist doch dises Legat fetter als das blosse Legat des Unterhalts (und deßwegen kan es mit eignen Gewalt genommen, oder das schon genommene noch mehr behalten werden) und ist nicht schuldig solches aus denen Handen des Erben zu erwarten, welches nicht also ist bey dem simplen Legat des Unterhalts, wie er alldort sehr vil andere allegirt. 12.

Man

Man wird entgegen setzen, daß der Articul allein von jenem Casu rede, wo die Kinder minder jährig seynd, dann weilen die Mutter der Kinder rechtmässige Vormunderin ist, so stehet ihr ja nicht allein die Verwaltung in der Nutz-Niessung, sondern auch in allen Güthern des verstorbenen Vatters zu, wie wir bey dem 3. Art. 5. Tit. der Land-Recht ausgelegt haben. Wir antworten, es seye wahr, daß unser Art. von der Mutter, welche Vormunderin der Kinder ist, rede; Es seye aber diß Rechtens in dem Casu, wo die Kinder schon Vogtbar oder Majorenn seynd, die Ursach ist, weilen aus erst allegirter Lehr des Gabrielis das Weib, der die Nutz-Niessung aller Güther vermacht worden, solche eigenmächtig nemmen, und die genommene behalten könne (weil leichter das Behalten zugelassen wird, als das selbst Nemmen) nun wie gesagt worden, sie bekommt die Nutz-Niessung nicht als Frau vollkommentlich, wann sie schon vom Testirer als Frau genennt worden, Gail. loc. cit. n. 3. Also als eine Verwalterin, und folglich ist sie schuldig nicht minder als eine Vormunderin die Rechnung abzulegen, weil ein jeder Verwalter fremder Sachen Rechnung geben muß. Dann gesetzt, der Mann hat aus erster Ehe noch minder jährige Kinder gehabt, und habe dem anderen Weib die Nutz-Niessung all seiner Güther vermacht, was ist Rechtens? Gewiß die Stieff-Mutter kan der Kinder erster Ehe Vormunderin nicht seyn, und doch besagter massen und Krafft unsers Art. bekommt sie mehr nicht als die Unterhaltung; Ist also gehalten über die Früchten der Güther als Verwalterin denen Kindern Rechnung zu geben, und nach behaltner Unterhalt- und Nahrung den Uberrest denenselben zuzustellen, und wir glauben, daß also diser unser Art. zu erfüllen seye.

13. Was ist aber Rechtens, wann der Testirer, wie meistens zu geschehen pflegt, das Weib zu einer Nutz-Niesserin aller Güther macht, und ausdrucklich beysetzt, daß sie auf keine Weiß Rechnung abzulegen schuldig seyn soll, und wir antworten, daß sie in disem Casu die vollkommene Nutz-Niessung erlange, und also ist selbsten die Rechnung abzulegen nicht schuldig seye. Dann wir haben kurtz zuvor gesagt, daß die Bulgarische Gewohnheit, und unsers Articuls Verordnung alsdann nur Platz habe, daß nur der Unterhalt und Nahrung gebühre, wann nicht ausdrucklich erhellet, daß des Testirers Willen widrig seye, daß nemlich dem Weib die vollständige Nutz-Niessung ohne allen Abbruch (allein die Noth-Gebühr ausgenommen) gebühre, wann also der Testirer das Weib von Ablegung aller Rechnung frey gesprochen hat, so erhellet Sonnen klar, daß er, ohneracht der Bulgarischen Gewohnheit, und unsers Articuls Verordnung, gewollt habe, daß ihr die vollkommene Nutz-Niessung zugehen solle. Wie dann also den Schluß macht Idem Ant. Gabriel loc. cit. n. 49. wo er noch mehrere Arthen erzehlt, wodurch die Bulgarische Gewohnheit stillschweigend hintergangen wird, wohin ich den Leser anweise, der wird urtheilen können, wie solche Arthen auf unsern Articul können applicirt werden.

Was ist aber Rechtens, wann der Testirer, da er dem Weib die Nutz-Niessung aller Güther vermacht, gesagt hat, daß sie zwar nicht verbunden seyn soll jährlich eine genaue Rechnung zu geben, unterdessen doch denen Kindern eine Summarische Rechnung zu præstiren, wie wir dergleichen Testament selbsten gesehen haben. Gewiß aus solchen also eingeschränckten Worten ist abzunemmen, daß des Testirers Absehen gewesen, daß er die vermachte Nutz-Niessung vilmehr auf den Unterhalt und Nahrung eingeschränckt, als dem Weib die vollkommene Nutz-Niessung zuerkennt habe. Dann wann sie ein vollkommene Nutz-Niesserin wäre, was solte genutzt haben, sie zu einer Summarischen Rechnung anzuhalten, weilen, wie wir gesagt haben, niemand ihm selbst Rechnung ablegt, sondern dem anderen über fremde Sachen und Güther. 14.

Nun auf die Frag, ob das Weib von der ihr von allen Güthern vermachten Nutz-Niessung einem aus denen Kindern mehr als dem anderen zueignen könne? Habe ich als zu Rath Gezogner geantwortet, daß diß in ihren Gewalt nicht stehe. Die Ursach ist an sich selbsten klar, weilen nach Abzug der Nahrung und des Unterhalts der Rest von der Nutz-Niessung denen Kindern von Rechts wegen zufallet, als dißfalls deß verstorbnen Vatters gleiche Erben, und weilen das Weib eine blosse Verwalterin ist, so ist in ihren Gewalt nicht, daß sie einem aus denen Kindern vor anderen freygebiger seye, weil kein Verwalter das Recht zu schencken hat, noch weniger dem anderen etwas zu nemmen, und dem dritten zu geben. 15.

Wann man aber fragt, welches eine sattsame Unterhaltung seye? So verweisen wir dich auf jenes, was wir bey dem 4. Articul 11. Titul des Summarischen Procels gesagt haben. 16.

Der

Der fünffzehende Articul.

Ein jeder mag sein Testament widerruffen, und ändern, so offt er will, und soll einige Clausul, Geding, Pact, oder Eyd nicht giltig seyn, daß jemand hierdurch sich zu einem Testament, das selb nicht zu widerruffen, verbinden wollt, doch soll die Widerruffung ordentlich geschehen, nemlich durch ein anderer kräfftig und giltig Testament, oder daß der Testirer vor sieben Zeugen offentlich anzeige, wie daß er sein gemachtes Testament wölle widerrufft haben, allweilen er gedacht seye, ohne Testament zu sterben, doch ist ihme unbenommen, hernach ein anderes Testament zu machen. Wären aber bey solcher Widerruffung weniger, doch aufs wenigist drey Zeugen, so gilt dieselb, so vil die Erb-Satzung anlangt, anderst nicht, weder wann nach solcher Widerruffung zehen Jahr verflossen. So vil aber die Legata und andere Geschäfft belangt, ist solche Widerruffung alsbald giltig, wann gleich nur drey Zeugen darbey gewesen. Item, wann der Testirer sein Testament zerschneidt oder durchstreicht, es sey ein zierliches Testament in Schrifften, oder von Mund ausgesprochen, in Schrifften gebracht, so ist es auch nicht mehr kräfftig, es wäre dann, daß solches zerschnittne oder durchstrichne Testament, bey demjenigen gefunden wurde, deme solche Zerschneidung oder Durchstreichung möchte zu gutem kommen; Dann in solchem Fall liegt demjenigen, welchem solche Zerschneidung oder Auslöschung zu gutem kommt, ob, zu beweisen, wie recht ist, daß der Testirer selbst sein Testament zerschnitten, durchstrichen, oder ausgelöscht hab, wurde er aber solches nicht beweisen, so bleibt das Testament kräfftig. Hätte auch ein Testirer seinen letzten Willen doppelt in zwey unterschiedliche, oder auch mehr Libell ordentlich verfassen, und aufrichten lassen, und doch solche Libell nicht alle sammtlich cassirt, zerschnitten und abgethan, so bleibt das Testament dannoch kräfftig, es kunten dann die Erben ab intestato beweisen, daß er solches Libell mit keiner andern Meynung zerschnitten, weder daß er das Testament hab widerruffen, und ohne Testament versterben wöllen.

Summaria.

1. Ob eines jeden *Testaments* Natur seye, daß selbes der *Testirer*, ohneracht aller *Clausul* oder Eyd, so offt er will, widerruffen könne?
2. Wie die Widerruffung durch ein anderes giltiges *Testament* geschehen soll?
3. Was Rechtens, wann der im anderen *Testament* eingesetzte Erb, nicht Erb seyn wollen, oder bey Leben des *Testirers* gestorben, ob nichts desto weniger das erstere widerruffen bleibe?
4. Wann der *Testirer* im anderen *Testament* in einer gewissen Sach einen Erben eingesetzt hat, mit dem Beysatz, daß er nichts desto weniger wolle, daß das erstere *Testament* gelte, ob solches nicht als ein *Fidei-Commiss* gelte?
5. Ob das andere angefangene aber nicht vollendte *Testament* das erste aufhebe?
6. Ob das erstere *Testament* durch die blosse mündliche Widerruffung vor sieben Zeugen nichtig könne gemacht werden?
7. Ob einer ohneracht der *Revocation*, die auch Gerichtlich geschehen ist, wieder aufs neue *testiren* könne?
8. Was Rechtens, wann die Widerruffung des ersten *Testaments* mit blossen Worten nicht vor sieben sondern dreyen Zeugen geschehen, ob solches nicht wieder giltig werde nach verloffnen 10 Jahren?
9. Ob nicht wenigist die Widerruffung gelte vor 3. Zeugen, was die *Legata* und andere Geschäfft belangt?
10. Was Rechtens, wann die *Testaments* Widerruffung vor dem Richter geschehen, ob auch der Umlauff 10. Jahren zu dessen Giltigkeit erfordert werde?
11. Wann der *Testirer* die Widerruffung vor 7. Zeugen auch Gerichtlich gethan hat, ohne Besatz, daß er ohne *Testament* sterben wolle, ob die *Revocation* ungiltig seye?
12. Wann das *Testament* durch Zerschneidung oder Auslöschung gesagt werden eben darum *revocirt* zu seyn?
13. Was Rechtens, wann mehrere *testaments-Exemplar* gefunden werden, und zwar gantz, aber eines zerschnitten?

14. und 15. Ob nicht die Erben *ab intestato* die Prob machen müssen, daß die Auslöschung oder Zerschneidung eines *Exemplars* in dem Absehen, daß auch andere nicht gelten sollen, geschehen seye?
16. Ob auch ein mündliches ausgesprochnes und hernach in Schrifften verfaßtes *Testament* durch Zerschneidung und Auslöschung entkräfftet werde?
17. Werden die Einwürff wegen Durchschneidung und Auslöschung aufgelößt, daß solche allein nicht genug seyn sollen?
18. Ob auch in Vätterlichen *Testamentern* die Durchschneid- und Auslöschung eine Entkräfftung nach sich ziehe?
19. Wann das *Testament* eröffnet gefunden wird, welches verschlossen gewesen, und die Pettschafft herunter gerissen, ob solche für *revocirt* zu halten?

1. Wir haben gesehen in dem 13. Art. daß der Ehe-Leuth reciprocirliche mittelst einer jedwederen allдort erzehlten Arth und Form gemachte Testament allzeit nach Gefallen widerruffen werden können. Jetzt in disem Art. wird generaliter geordnet, daß eben dises auch bey allen anderen Testamentern von Rechts wegen geschehen könne, also daß sie allzeit widerrufflich seynd, wann es immer dem Testirer wird gefallen haben. Und gantz recht. Dann es hätte ein grösserer Zweiffel seyn können in der Ehe-Leuth reciprocirlichen Testamentern: Weilen, da ein Ehe-Theil dem anderen traut und glaubt, so scheint daß deren reciprocirliches Absehen seye, damit nicht ein Theil zu Præjudiz des anderen das Testament widerruffe. Also daß D. Gail. lib. 2. obs. 117. n. 6. zulaßt, daß, obwohlen dem Recht nach die Pacta um künfftige Erbschafft nicht giltig seynd, weil eine Erbschafft mit Bedingnussen und Pacten nicht kan gegeben werden, nichts destoweniger das reciprocirliche Pactum unter Ehe-Leuthen wegen künfftigen Erbschafft um so mehr gelte, weilen solches Beyde angehet: Weiters beysetzend, daß diß fast überall gewöhnlich und hergebracht, und bey dem Cammer-Gericht approbirt seye, obwohlen andere dises widersprechen. vid. Pet. Peck. de testam. conjug. lib. 1. cap. 8. n. 5. Bern. Græv. ad Gail. lib. 2. conclus. 126. per tot. Wann nun die Widerruffung des reciprocirlichen Testaments unter Ehe-Leuthen erlaubt ist, so ist selbe noch vilmehr erlaubt, in einem simplen Testament, cap. ult. voluntas. 13. quæst. 2. L. si fratres 53. §. idem respondit. ff. pro soc. L. 4. ff. de adim. leg. L. 1. Cod. de SS. Eccles. §. 2. Inst. quib. mod. testam. infirm. Dann ein jedwederes Testament hat in sich die still schweigende Condition, wann kein anderes gemacht wird, also daß Zas. in L. stipulatio hoc modo n. 50. ff. de V. O der Notarien-Cautel auslacht, womit sie dem Testirer den freyen Gewalt das Testament zu widerruffen vorbehalten.

Und diß extendirt unser Articul in so weit, daß keine Clausul, Bedingnuß, Pact, ja auch kein Eyd gelte, wodurch sich einer verbindet, daß er auf keine Weiß das Testament widerruffen wolle: Dann auf keine Weiß kan gemacht werden, daß ein Testament nicht widerrufflich seyn solle. Covar. ad rubr. part. 2. n. 9. de Instit. hæred. Durand. de art. test. tit. 10. caut. 2. n. 2. Clarus §. testamentum quæst. 94. n. 3. Grass. §. testamentum quæst. 87. Guttier. de ult. vol. part. 2. cap. 1. n. 2. usque ad 9. Und aus allen am schönsten Joan. Dauth. de mutand. test. potest. n. 89. & mult. seq. Wie wir schon oben gesagt haben. Obwohlen einige Canonisten sich widersetzen, und behaupten, daß ein mit Eyd bestättigtes Testament nicht geändert werden könne, welche unser Art. nicht approbirt.

Gesetzt nun, daß des Testaments Natur und Weesenheit seye, daß, so offt der Testirer will, solches widerruffen, auch auf keine Weiß, auch mit keinen Eyd sich verbinden könne, solches nicht zu widerruffen.

So folgt die andere Frag, wie also die Widerruffung geschehen solle? Und der Articul antwortet, daß die Revocation durch nie anderes giltiges und kräfftiges Testament geschehen müsse. Dise Verordnung stimmt ein mit dem Text in L. si quis priore 29. ff. ad S. C. Trebell. §. posteriore 2. cum §. sequenti Inst. quib. mod. test. infirm. Und dise Materi thun zwar die DD. weitläuffig tractiren. in L. quoties Cod. de hæred. inst. Covar. ad rubr. part. 2. per tot X. eod. Tyraquell de jure primog. quæst. 24. n. 5. Clarus §. testamentum quæst. 94. 96. 97. 98. 99. Mant. de conject. ult. vol. lib. 6. tit. 2. n. 19. & lib. 12. tit. 1. & tit. 8. Welches alles genau zu durchsuchen, erfordert die Verordnung unsers Articuls nicht, ist auch unser Absehen nicht, weiters auszulauffen. 2.

Dises 1. ist für gewiß zu notiren, daß das vorige Testament durch das letztere aufgehebt werde, bey welchem die ordinari Solennität ist gebraucht worden. Wann schon in dem ersteren ein grössere Cautel zum Uberfluß gebraucht worden. Aus Ursach, weilen unser Articul nicht erfordert, daß das letzter Testament Machen dem vorigen gleich seye, sondern

nur

nur begehrt, daß das letztere Testament giltig und kräfftig sey. Weilen das Testiren in einem ohnunterbrochnen Act bestehet, und das vor sieben tauglichen und unverwerfflichen Zeugen gemachte Testament eben so giltig ist, als wann es vor 100. Zeugen wäre errichtet worden. Dahero, wann man setzt, daß das erstere Testament vor 10. Zeugen gemacht worden, das letztere aber nur vor sieben Zeugen, so gilt das letztere vor dem ersten, Krafft der allgemeinen Regul, daß das letztere das erstere umstosse, wann nur das letztere also gemacht worden, daß man in Krafft desselben die Erbschafft hat antretten können. Dann wann in

3. dem anderen Testament kein Erb verhanden gewesen, villeicht, weil er nicht Erb seyn wollen, oder bey des Testirers Lebs-Zeit, oder nach dessen Tod, ehe er die Erbschafft antritt, gestorben, oder die Condition, unter welcher der Erb eingesetzt worden, nicht erfüllet ist, nichts destoweniger das vorige Testament ungiltig ist, weil es das letztere umstoßt. Und das letztere, obwohlen es perfect, hat auch keine Kräfften, weil dessen kein Erb verhanden ist. Krafft der Regul, wann niemand die Erbschafft angetretten hat, so gilt aus deme allem nichts, was im Testament geschrieben stehet. L. si nemo 9. ff. de leg. L. si nemo 81. ff. de R. J.

Man wird sagen, wer wird also in solchem Fall Erb seyn? Und wir antworten, Erb wird seyn, der Erb ab intestato. DD. ad §. posteriore 2. vers. in his. inst. quib. mod. test. infirm.

4. Ein andere und schöne Frag ist, welche der Kayser Justinianus loc. cit. Inst. quib. mod. test. infirm. §. 3. ad vers. Imperatores beysetzt. Was zu sagen seye, wann der Testirer in dem anderen gemachten Testament einen anderen nicht zwar zum völligen Erben eingesetzt hat, sondern nur in einer gewissen Sach, mit Vermelden, daß er nichts desto weniger wolle, daß auch das vorige Testament gelte. Hierüber seynd befragt worden die Kayser Severus und Antoninus, welche rescribirt haben, daß das andere gemachte Testament, obwohlen in selben der Erb nur in gewissen Sachen eingesetzt worden, eben also von Rechts wegen gelte, als wann in selben von denen Sachen nichts wäre gemeldet worden. Aus welchem folgt, daß das erste Testament durch das andere umgestossen seye, und daß der im anderen Testament nur in gewissen Sachen eingesetzte Erb die gantze Erbschafft erlange, L. 12. §. fin. ff. de injust. rupt. &c. Nichts desto weniger doch haben aus Billigkeit, damit dem Willen des Testirers in etwas genug geschehe, gedachte Kayser verordnet, daß der Erb in dem anderen Testament zwar Erb seyn sollte, doch zu Frieden seyn müßte mit denen ihme benannten Sachen, und die übrige Erbschafft jenen zustellen müßte, welche in vorigen Testament als Erben geschrieben worden. DD. ad dict. §. sed & si quis 3. vers. Imperatores Inst. quib. mod. test. infirm. Daß folglich die in ersten Testament geschriebne Erben die dem anderen Erben in gewissen Sachen vermachte Erbschafft Jure Fidei-Commissi erlangen, jedoch daß die Trebellianica in salvo bleibt, wann aus denen gewissen Sachen der letzte Erb den vierten Theil der Erbschafft nicht erlangt. Manz. ad tit. Inst. quib. mod. test. infirm. §. 3. n. 10. & seq. Wo er diß auch so weit erstreckt, daß, wann einer zwey Testament wohlbedächtlich gemacht, und in dem letzteren ausdrucklich verordnet hat, daß das erstere nichts desto weniger gelten solle, das erstere als ein Fidei-Commiss gelte, also daß dem zweyten Erben der Trebellianicæ gebührt, welch alles daß mit unsern Art. über eins stimme, wir darfür halten.

Was ist aber Rechtens, wann einer das zweyte und letzte Testament zu machen angefangen, solches aber, weil er zuvor gestorben, oder aus Reu nicht ausgemacht hat? Wir antworten, das erste gelte, und wie der Kayser §. ex eo autem 7. vers. usque adeo Inst. quib. mod. test. infirm. redet, es soll das vorige Testament nicht umgestossen werden, wann nicht das letztere perfect ohne Abgang errichtet worden. 5.

Und obwohlen dem gemeinen Recht nach ohne weiteres gemachtes Testament mit blossen Worten seinen rechtmässig gemachten Willen nicht wiederruffen kan, wann schon er vor sieben oder mehreren Zeugen bekennt hat, er wolle nicht mehr, daß sein zuvor gemachtes Testament gelten solle, weil nichts natürlicher ist, als jenes auf solche Weiß wieder aufzuheben, wie es gemacht worden. L. nihil tam naturale. 35. ff. de R. J. L. 2. & L. 16. ff. de injust. rupt. &c. So thut doch unser Articul. 6.

Andertens ausdrucklich verordnen, daß das vorige Testament durch ein blosse vor sieben Zeugen geschehene Widerruffung zernichtet werde, wann nur der Testirer beygesetzt hat, daß er ohne Testament sterben wolle, daß er gedacht seye ohne Testament zu sterben. Lese über dise Frag den Grass. recept. sent. §. testam. quæst. 84. Clarus §. testam. quæst.

quæst. 91. Moller. lib. 3. sentent. cap. 32. Cujac. ad L. hæredes. §. si quid ff. de testam.

7. Wann man fragt, ob einer, ohnerachtet der zu Favor des Erben ab intestato, oder vor sieben Zeugen, oder Gerichtlichen geschehnen Widerruffung, nichts desto weniger nach Belieben wider aufs neue ein Testament machen könne? Und unser Articul antwortet mit Ja, in den Worten: Doch ist ihme unbenommen hernach ein anderes Testament zu machen. Diß alles befußt sich in obbemeldter Regul, daß durch keine Cautel, oder sonst auf keine Weiß die Freyheit das vorige Testament zu widerruffen, und ein neues zu machen aufgehoben werden könne, weil diß die Natur des letzten Willens ist, welche unveränderlich ist, damit sie veränderlich allzeit bleibe.

8. Wann aber 3. die Widerruffung des vorigen Testaments allein mit blossen Worten geschehen, nicht vor sieben sondern vor wenigern Zeugen (unser Articul erfordert wenigist drey Zeugen) so ist die Widerruffung, was die Erb-Einsetzung betrifft, welche der Grund-Stein des Testaments ist, alsdann erst giltig, wann 10. Jahr verflossen seynd. Worinn unter dem gemeinen und unsern Land-Recht ein merckwürdiger Unterschied ist, wann wir den Text in L. sancimus. 27. Cod. de testam. mit der allgemeinen Auslegung der Rechts-Gelehrten verstehen wollen. Dann alldort sagt Justinianus: Wir verordnen, wann einer auf rechtmässige Weiß ein Testament gemacht hat, und nachgehends 10. Jahr verflossen seynd; Weilen vom Testirer kein Abänderung gemacht worden, so ist solches giltig. Dann was nicht geändert wird, warum soll solches nicht gelten? Und kurtz hernach setzt er bey, wann aber der Testirer seinen widrigen Willen eröffnet hat, und diß entwoders durch taugliche Zeugen, nicht weniger als drey oder vor Gericht ad acta offenbar gemacht hat, und 10. Jahr verstrichen, alsdann ist das Testament nichtig sowol wegen des widrigen Willen, als wegen verstrichner Zeit, wo die Ausleger dise 10. Jahr, Krafft der anfänglichen Wort des Gesatz, auf die Testaments-Machung unser Art. aber auf die Widerruffung einschräncken: Krafft der Worten: Wann nach solcher Widerruffung 10. Jahr verflossen. Obwohlen wir bekennen, daß auch der Text in L. sancimus juxta Gloss. ibidem sub litt. E. in vers. fuerit. Nicht minder in Conformität unsers Articuls verstanden werden könne, daß die Berechnung der Zeit vom Tag der Widerruffung geschehen müsse.

diff.

9. Wir haben 4. wohlbedächtlich von Widerruffung des Testaments geredt, was die Erbs-Einsetzung betrifft. Dann, was die Legata und andere Geschäfft belangt, ist genug, wann die Widerruffung vor 3. Zeugen geschehen ist, wird auch nicht erfordert, daß von der Zeit der Widerruffnng 10. Jahr verstrichen. Aus Ursach, weilen eine Sach von grösserer Wichtigkeit ist, die Erbs-Einsetzung widerruffen, als eine Particular-Vermächtnuß, gleichwie nun die Codicill, in welchen Legata, Fidei-Commissa und andere Geschäfft gemacht worden, nicht so vil Zeugen erforderen, als in denen Testamentern erfordert werden, also auch werden sie leichter widerruffen, und entkräfftet. Und dahero kommt es, daß in dict. L. sancimus 27. Cod. de test. der Verlauff 10. Jahr nur mit 3. Zeugen zur Widerruffung des Testaments erfordert, und von den Codicillen nichts gesagt werde, daß also dise Verordnung zur Widerruffung der Codicillen nicht extendirt werden kan. Ja, wann der Testirer allein vor 3. Zeugen das zierlich errichte Testament revocirt hätte, und vor Umlauff der von der Zeit der Revocation an zu rechnen stehenden zehen Jahren verstorben ist, so ist die Revocation, was die Erbs-Einsetzung betrifft, nicht giltig, wohl aber giltig, was die Legata, und Fidei-Commissa belangt; Weilen was dise betrifft, wie wir gesagt haben, allein die mündliche ohne Umlauff einer Zeit bedächtlich vor 3. Zeugen beschehne Widerruffung genug ist.

10. Was ist aber Rechtens, wann die Testaments-Widerruffung nicht vor drey Zeugen, sondern vor dem Richter geschehen, wird wohl gleichfalls zu dessen Giltigkeit der Umlauff 10. Jahren erfordert? Und wir antworten, obwohlen unser Articul hiervon nichts sagt, weilen jedoch der Text in L. sancimus 27. die ad acta beschehne Erklärung, welche nichts anderes als eine Gerichtliche Erklärung, der vor 3. Zeugen gemachten Widerruffung vergleicht, so vermeynen wir, nothwendig zu seyn, daß auch 10. Jahr um die Erbs-Einsetzung aufzuheben, verfliessen müssen. Aber, was die Aufhebung der Legaten und Fidei-Commissen belangt, allein die Gerichtliche Erklärung genug seye. Aus Ursach, weilen die Obrigkeitliche Authorität die Zahl der Zeugen ersetzt, den Umlauff der Zeit aber, welcher als ein Solennität zur Substanz erfordert wird, nicht ersetzen kan.

Man wird sagen, aus disem folge, daß, weilen Krafft unsers Articuls die vor

sieben Zeugen beschehene Testaments-Widerruffung, auch was sie die Erbs-Einsetzung betrifft, gelte, selbe auch gelten müsse, wann sie Gerichtlich geschehen, weilen besagter massen die Obrigkeitliche Authorität die Zahl der Zeugen ersetzt; Und
11. wir antworten, diß seye wahr, wann der Testirer bey der Widerruffung ausdrucklich gesagt hat, er wolle ohne Testament absterben, dann sonsten die vor sieben Zeugen beschehne Widerruffung unnutz ist, wie gemeiniglich lehren DD. ad L. militis. 36. §. Veteranus 3. ff. de testam. milit. Clarus §. testamentum. quæst. 91. Moller lib. 3. sentent. cap. 32. Weil der Favor gegen die Erben ab intestato dise Aufhebung des vorigen Testament, wo ein Fremder als Erb eingesetzt worden, auswürckt, Krafft des Text in L. hac consultissima. §. si quis autem. 3. Cod. de testam. Wo Theodosius, und Valentinianus die Kayser rescribirt haben; Wann in dem vorigen perfecten Testament gantz fremde Erben, in dem letzteren nicht perfecten Testament aber jene, die ab intestato als Erben kommen, in Gegenwart fünff Zeugen geschrieben worden, daß in disem Fall, wann schon die letztere Schrifft nicht perfect und vollkommen ist, nach entkräffteten ersteren Testament, des Testirers anderter Will, nicht als ein Testament, sondern gleichsam als ein letzter Will eines, der nicht testirt hat, gelte. Gleichwie nun hier ein unvollkommener letzter Will zu Favor der Erben ab intestato giltig ist, wie wir oben schon erinnert haben, also auch ist giltig die Widerruffung, welche mit dem Beysatz geschieht, daß der Testirer ohne Testament absterben wolle. Idem Clarus und Moller loc. cit. Weil der Testirer durch solch beygesetzte Erklärung anscheint, daß er gleichsam ein neues Testament mache, und in solchem die rechtmässige Erben einsetze, also daß, wann nicht directè die Erbschafft denen Erben ab intestato zufallet, wenigist darfür gehalten werde, daß der im Testament instituirte Erb erbetten worden seye, die Erbschafft denen Erben ab intestato zuruck zu stellen. Nun mag dise Subtilität seyn wie sie wolle, welche D. Ign. Rath. ad tit. Inst. quib. mod. test. infirm. n. 24. & seq. nicht sattsam approbirt, so halten doch wir für gewiß, daß die von sieben Zeugen beschehne Revocation mit diser des Testirers Erklärung, daß er ohne Testament absterben wolle, von Rechts wegen entkräfftet werde, und die Erbschafft ohne alle Beschwärde der Trebellianicæ denen Erben ab intestato zufalle; Aus welchem wir auf die gestellte Frag sagen, und schliessen, daß, wann der Testirer das Testament Gerichtlich revocirt hat, mit dem Beysatz, er wolle ohne Testament absterben, alsdann die Revocation gelte, weil die Obrigkeitliche Authorität die Zahl der Zeugen erfüllet, wann er aber dise Erklärung ausgelassen hat, so ist die Revocation, wann sie schon Gerichtlich geschehen, nicht giltig, weil sie auch nicht giltig ist, wann sie ohne bemeldte Erklärung vor sieben Zeugen geschehen ist. Wann der geneigte Leser mit sehr vilen Rechts-Gelehrten behaupten will, daß auch die Revocation mit bemeldter Erklärung, so vor sieben Zeugen, geschehen, nicht erklecklich seye, so wird sie auch nicht gelten, wann sie ad acta vor Gericht geschehen ist. Und diff.
hier ist nothwendig ein Unterschied zwischen dem gemeinen, und unsern Land-Recht anzumercken.

In unsern Art. 5. wird eine andere 12.
Gattung gesetzt, wo die Testament eben darum für revocirt erkennt werden, wann nemlich solche durchstrichen, durchschnitten, ausgelöscht, und der Zeugen Nähmen und Pettschafften herunter gerissen worden, Krafft der Wort: Item wann der Testirer sein Testament zerschneidt, oder durchstreichet. Uber dise Sach haben wir einen gantzen Titul in ff. de his, quæ in test. delent. wann nur solche Zerschneidung, Auslöschung, und Durchstreichung ꝛc. vom Testirer selbsten, oder aus seinen Willen von einem anderen geschehen ist. Und diß

1. Ist wahr, obschon der Testirer auf keine Weiß gesagt hat, daß er ohne Testament absterben wolle, weil allein die Zerschneidung, Auslöschung ꝛc. Glauben macht, daß der Testirer wohlbedacht seinen Willen verändert hat: Und also, wann kein anderes Testament gemacht worden, fallt die Erbschafft denen Erben ab intestato zu, wann schon der Testirer von ihnen kein Wort gemeldet hat. Die Ursach ist, weil die That kräfftiger als die Wort seynd, und weilen jene Testament an sich selbsten entkräfftet werden, so ist nicht nöthig, daß man von denen Erben ab intestato etwas melde, weil sie an sich selbsten erben, wann der Testirer, nachdem er das Testament durchschnitten, zerrissen, oder ausgelöscht nach der Hand kein anderes gemacht hat. L. nostram 30. Cod. de testam. L. 1. §. si hæres ff. si tab. test. &c.

Was ist aber Rechtens, wann 2. mehr 13.
Exemplar des Testaments gemacht worden, und die übrige gantz gesunden werden, da nur eins davon zerschnitten, ausgelöscht, oder zerrissen worden? Und es ant-

antwortet Papinianus in L. ult. ff. de his, quæ in test. del. &c. mit disen Worten, wann mehr Exemplar eines Testaments verhanden, und der Testirer einige ausgelöscht hat: Jenes, was mit Recht gemacht worden, absonderlich, weil aus denen übrigen Exemplarn, welche noch verhanden seynd, die verhandlete Sach erhellet, das ist giltig.

Dann obwohlen 3. zu deme, daß ein Testament widerruffen zu seyn gesagt werde, die Zerschneid-Zerreiss-oder Auslöschung nöthig ist, daß solches mit des Testirers Willen geschehen seye, so wird doch, wann mehrere Exemplar eines zu einer Zeit gemachten Testaments verhanden, vilmehr præsummirt, daß die Auslöschung, Durchschneidung oder Zerreissung des eintwederen Exemplars zu dem Ende geschehen seye, um zu erkennen zu geben, daß solches aus Uberfluß der Exemplarien, und nicht aus Gemüth das Testament zu änderenn geschehen seye, welches aus anderen Exemplarien sattsam hat erhellen können.

Wann aber 4. einer, wie meistens zu geschehen pflegt, nur ein Exemplar gemacht hat, und solches in seinem Kasten zerrissen, durchschnitten, oder ausgelöscht gefunden worden, so entspringt die handgreiffliche Prob, daß der Testirer von seinem vorigen Willen abgewichen.

14. Ja 5. was mehr ist, wann ein Exemplar aus mehr verhandenen gantzen Exemplarië ausgelöschter gefunden wird, und die Erben ab intestato probiren können, daß dise Auslösch-Zerschneid-und Zerreissung zu dem End geschehen, daß der Testirer ohne Testamnnt absterbete, so wird denen eingesetzten Erben die Erbschafft genommen, wie Paulus sagt in dict. L. pluribus 4. ff. de his, quæ in test. del. und das Testament wird für revocirt gehalten, obwohlen andere Exemplar nicht durchschnitten worden, weil leicht hat geschehen können, daß solche nicht verhanden waren, oder daß deren Auslöschung vergessen worden. Es muß also dise Prob, daß die Durchschneid-Auslösch-oder Zerreissung des Exemplars um das Testament zu revociren, geschehen seye, standhafft und kräfftig seyn. Dann sonsten die vorige Præsumption, daß solches Exemplar für überflüssig gehalten worden, vorziehet, und wird in denen übrigen Exemplarien, so noch gantz seynd, des Testirer letzter Will erhalten.

15. Ein anderes ist 6. wann das zerschnittne, ausgelöschte, oder zerrissene Testament in dessen Händen gefunden wird, der Erb ab intestato ist, dann solchen Falls wird nicht præsummirt, daß das Testament aus Willen des Testirers ausgelöscht worden, sondern bleibt bey Kräfften, wann schon andere unversehrte und gantze Exemplar nicht verhanden seynd, wann nicht ein solcher Sonnen klar erweisen kan, daß die Auslöschung oder Zerreissung vom Testirer selbsten geschehen seye, oder von einem anderen in seinen Nahmen und Befehl. Welch alles unsern Articul conform ist.

Wann man fragt, was von einem mündlichen ausgesprochenen Testement zu sagen seye? So antworten die Rechts-Gelehrte gemeiniglich, daß solches aus der Stimm seine Substanz erhalte, und also solchen, wann schon das schrifftlich verfaste ausgelöscht worden, nichts desto weniger kräfftig bleibe. Mauz. §. ex eo autem 7. Inst. quib. mod. test. infirm. n. 8. Unser Art. aber macht einen Unterschied, ob das mündliche Testament allein in der blossen Stimm bestehe, oder ob solches schrifftlich verfaßt worden. Im ersten Fall, kan selbes ja durch Auslöschung, oder Zerschneidung nicht umkehrt werden, weil nichts da ist, welches eine Durchschneid- oder Auslöschung leyden kan, wann aber das mündliche Testament schrifftlich verfaßt worden, alsdann wird solche zerrißne, ausgelöschte oder durchstrichne Schrifft nicht minder ein widerrufftes Testament genennt, als, wann die Durchschneid-oder Auslöschung geschehen wäre bey einem zierlichen und schrifftlich gemachten Testament. 16.

Es hat mir einer aus meinen Collegis subtil entgegen gesetzt, daß unser Art. allein von jenem Casu zu verstehen seye, wann das mündliche Testament aus Noth Substanz und Solennität in Schrifften verfaßt werden muß, wie oben bey dem 6. Art. von eines Blinden mündlichen Testament gesagt worden, daß es zwar in der That ein mündliches Testament seye, in Schrifften doch verfaßt, und vom Notario und Zeugen unterschrieben und besiglet werden müsse. Aber uns kommt für gewiß vor, daß der Art. nicht allein von eines Blinden Testament, bey welchem die Schrifft als zur Substanz und Solennität erfordert wird, sondern auch von jedwederen anderen mündlichen Testament rede, welches ohne Noth und nur zur Wissenschafft, oder wegen Sterblichkeit der Zeugen, wie der 4. Art. dises Tit. redet, vom Notario in ein offentliches Instrument verfaßt wird, weil diser Art. vom Testament eines Blinden mit keinem Wort Meldung thut, sondern in genere vom mündlichen Testament, so schrifftlich verfaßt worden, redet, also ist er auch generaliter zu verstehen, und auf keine Weiß allein auf eines Blinden Testament einzuschräncken. Dann

es

es scheint, daß ein solcher Durchschneid, oder Auslöschungs-Act kein andere Auslegung zulassen könne, als eine kräfftige Revocirung des vorig gemachten letzten Willen.

17. Unterdessen ist ein Casus in L. filius 13. ff. de bonis libert. welcher fremd zuseyn anscheint, wo, dann der Testirer zwey Testament gemacht hat, deren das erste revocirt worden, ehe das andre verfertiget ware, und der Testirer hatte das andere zerrissen, hier wird gesagt, daß das erstere gelte, und wider zu Kräfften komme, ehe kein anderes gemacht worden. Gewiß aber diser Casus schickt sich auf unser Absehen nicht, wann einer den Text genauer dursuchen, und dessen Verstand erforschen will, der lese den Francis. de Barrii. loc. cit.

Eine grössere Beschwernuß macht Gail lib. 2. obs. 112. n. 13. wo er sagt, daß ein vom Vatter unter Kindern mit der Solennität auth. quod sine, von welcher wir in Art. 8. dises Tit. gered haben, gemachtes Testament von Rechtswegen nicht aufgehoben werde durch dessen Zerschneid- oder Durchstreichung, sonder ein ausdruckliche Revocation durch ein anders Testament cum clausula derogatoria erfordert werde: Uber welches er allegirt den Text in Auth. hoc inter Cod. de testam. wo nachdeme der Kayser in der vorgehenden Auth. quod sine verordnet habe, was für Solennitäten zu einem Testament unter Kindern nöthig seyen, in der nachfolgenden Auth. hoc inter verordnet, wie solches Testament wider entkräfftet werde, nemlich wann der Vatter vor 7. Zeugen erklärt, er wolle daß solches Testament nicht gelte, und einen anderen letzten Willen macht, entweders in einem perfecten, oder in einem nicht schrifftlichen Testament mit perfecten Willen. Als sagte gleichsam der Kayser, daß das privilegirte unter Kindern gemachte Testament durch ein anders privilegirtes, das ist, nicht perfectes Testament nicht könne aufgehoben werden. Wann nicht zwey Stuck mit einschlagen, daß nemlich der Will im privilegirten Testament ausdrucklich vor 7. Zeugen revocirt werde, und hernach der Testirer ein andere Verordnung entweders in einem schrifftlich und zierlich, oder in einem mündlich und zierlich gemachten Testamant mache. Weilen nun alldort von Zerschneid- oder Auslöschung nichts gesagt wird, so scheint, daß solche zu Entkräfftung des nach Innhalt Auth. quod sine gemachten Testaments nicht genug seye. Aber das Widerspiel lehret Franc. de Barrii lib. 10. tit. 1. n. 25. wo er dise Lehr des Gaili von Tapato tit. quib. mod. 18. test. infirm. cap. 5. billig verworffen zu seyn sagt; Und dise Meynung des Tapati und Barii vermeynen wir unsern Bayrischen Statuten conformer zu seyn, dann nachdeme Art. 8. dises Tit. gesagt worden, was zur Giltigkeit eines unter Kindern gemachten Testaments nothwendig seye, so setzt der Art. zu End bey, wann einer zuvor ein zierliches Testament gemacht hätte, solches anderst nicht als durch ein anders zierliches Testament aufgehoben werden könne, oder NB. oder auf eine Arth aus jenen, welche im 15. Art. enthalten seynd, unter welchen die hauptsächlichiste ist, die Zerreiß-Auslösch-oder Verschneidung; scheint also der Art. lasse zu, daß auch ein Vätterliches Testament unter Kinderen der Revocation unterworffen seye durch Zerreiß-Auslösch-oder Verschneidung, dann, obwohlen oben im 8. Art. den letzten Versicul hätte aber wir von jedwedern zierlich gemachten Testament verstanden haben, so scheint doch, daß nichts destoweniger der Art. eigentlich von dem zuvor unter Kindern zierlich gemachten Testament rede, als wolte er alldort gleichsam sagen, daß obwohlen die Eltern unter denen Kindern ohne Solennitäten testiren können, wann sie doch unter ihnen zu vor ein zierliches Testament gemacht haben, solches durch ein nicht zierliches nachfolgendes Testament nicht aufgehoben, sonder durch ein anders zierliches Testament, oder durch einander im 15. Art. vorgeschriebne Arth, und welchen die zerreißt, durchschneid, oder Auslöschung die fürnemste ist entkräfftet werden müsse. Es præsupponirt also der Art. Daß auch die Zerschneidung und Auslöschung wider die Lehr des Gailii auch in der Eltern Testamenten die Würckung der entkräfftung und Revocation habe. Es hindert auch nichts die Auth. hoc inter welche allein verordnet, wie der Vätterliche Will unter Kinder mündlich widerrufflich seye, nemlich durch ein anderes zierlich und schrifftlich verfastes, oder durch ein zierlich mündliches Testament, nach vorgängiger vor 7. Zeugen beschehner Erklärung, daß er wolle, daß das vorige Testament nicht gelten solle. In diser Erklärung nun setzen die Rechts-Gelehrte was besonders, wie zu lesen ist bey Gilken ad dict. Auth. hoc inter. bey Ant. Gabr. sentent. lib. 4. tit. de testam. conclus. 7. Und bey Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 66. n. 61. welche Erklärung in der würcklichen Revocation, so durch Zerschneidung, Auslöschung, oder Zerreissung geschieht, nicht nöthig ist, weil die That selbsten das Absehen des Testirers sattsam an Tag legt.

Was

19. Was ist aber Rechtens, wann das Testament nicht zerrissen ausgelöscht, oder durchstrichen, sonder die Sigel weggenommen, oder das Testament, so verschlossen gewesen, eröffnet worden? Hierauf antwortet Mant. lib. 12. tit. 1. n. 28. de conject. ult. vol. francis. Barrii loc. cit. n. 35. Daß ein solches Testament nichts destoweniger für revocirt anzusehen seye, wann nicht bekannt ist, oder erwiesen werden kan, daß die Abnemmung der Sigel, oder Eröffnung des Testaments zufälliger Weiß geschehen seye. Wie auch Mantica die Giltigkeit des Testaments behauptet, wann der Testirer in eine Wuth verfallen, und das Testament zerrissen, oder die Sigl abgenommen hat, weil ein furioser Mensch keinen Willen hat, und also nicht kan gesagt werden daß er einen Willen das Testament zu revociren gehabt habe.

Der sechzehende Articul.

Wo aber im Land an einem, oder mehr Orten der Testament und letzten Willen halben, sonderbare kundliche von Alters hergebrachte Gebrauch, oder Freyheiten wären, Krafft derselben etliche Zierlichkeiten, in Aufrichtung der letzten Willen wären nachgelassen, bey denselben soll es auch an denen Orten, wo sie in wissentlichem altem üblichen Gebrauch seyn, verbleiben, doch ist zu verhüttung aller künfftigen Irrungen rathsammer, daß jeder seinen letzten Willen, nach Ausweisung deren in disem Titul geordneter Articul mache.

Summaria.

1. Ob Fremde, nach Gewohnheit des Orts, wo weniger Zeugen erfordert werden, *testiren* können?

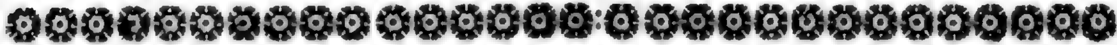
2. Was erfordert werde, daß dergleichen besondere Gewohnheiten und *Privilegien* bey der Materi der *Testamentern* gelten?

1. In den Rechten ist kaum eine Materi, welche nach Gewohnheit der Orten ein grössere Veränderung, und Unterschied zulasset, als die Materi der Testamenten, also daß nach Zeugnuß Perezii in tit. testam. schier an keinem Ort der Welt die Solennitäten der Testamenten beobachtet werden. Und dahero thut unser Durchläuchtigister Gesatz-Geber in disem letzten Art. dergleichen Gewohnheiten der Orten, oder sonderheitlich erhalten Freyheitenen nicht verwerffen. Die Stadt München prætendirt das Privilegium Kaysers Ludovici Bavari, daß ein Testament vor 2. Männliche oder Weibliche Zeugen gemacht werden könne, welches eine solche Materi zu disputirn an Handen gegeben hat, daß dise blosse Frag, ob solches Privilegium allein auf die Burger zu verstehen seye, oder auch auf die von der Burgerlichen Jurisdiction abgesönderte Innwohner extendirt werden könne? Mehr dann in 20. Conferenzen nicht hat ausgemacht werden können, da ein unnutzlicher Disput unter denen Hoffräthen enstanden. Worüber zu lesen ist Semicent. nost. controv. 38. und dahero thut unser Art. sorgfältig erinneren, daß, obwohlen eine besondere Gewohnheit, oder besonderes Privilegium in ein oder anderen Ort, so rechtmässig erworben worden, erwiesen werden kan, doch besser seye, daß die in disem Titul enthaltene Arth und vorgeschriebne Weiß beobachtet werde, damit nicht die privat Leuth, absonderlich die nicht schreiben können, unter dem Vorwand solch besonderer Recht, in weiß nicht was für Irrweeg und Bedrug verfallen, und eingeführt werden.

Zwey Stuck aber erfordert der Art. daß solche sonderbare Gewohnheiten und Privilegia gelten; Das erste ist, daß sie allein die Solennitäten der Testament betreffen, nemlich, wann an der Zahl der Zeugen, von deren zusammen Beruffung und Erbittung, von des Acts ohnunterbrochner Fortsetzung ohne Unterlauff anderer Geschäfften, von Gebrauchung der Signet, von Formlen der Unterschriefften, und dergleichen etwas nachgelassen wird, wovon wir in disem gantzen Titul weitläuffig gered haben. Wann aber ein so ungeschickte Gewohnheit eingeschlichen, daß ein solch fremdes Privilegium erlangt worden, welche die Substantialia des Testaments selben betreffen, als daß 2.

denen

denen Kindern die Noth-Gebühr man nicht schuldig seye, daß ein Furioser oder Närrischer testiren könne, und was dergleichen ist, wo nicht um die Solennitäten des Testaments zu thun ist, sonder von der natürlichen Fähigkeit und Willen des Testirers; So wird gewiß solche Gewohnheit in unsern Art. nicht approbirt. Das andere ist, daß dergleichen Gewohnheiten im wissentlichen alten und üblichen Gebrauch seyn. Was aber zum wissentlichen notorischen Gebrauch einer Gewohnheit, und der Privilegien erfordert werde, dessen haben wir schon öffters mit Gelegenheit gedacht, und ist diser Materi eigentlicher Sitz in der Gerichts-Ordnung Tit. 7. sechzehenden Gesatz. Wohin wir den Leser anweisen.



Des XXXV. Tituls

Von Erbsatzung, und Enterbung.

Erster Articul.

In einem jeden Testament soll die Erbsatzung, und Benennung der Erben, als ein recht wesentlich Hauptstuck ausdrucklich begriffen seyn, sonsten ist es nichtig. Hatte aber jemand gleichwohlen einen Erben im Testament benennet, aber seiner Ehe-leiblichen Kinder eines in selben umgangen, und nicht zum Erben eingesetzt, oder daselbst aus einer im Testament benennten Ursach, die zu Recht zu Enterbung nicht genug ist, enterbt, so ist alsdann die Erbsatzung der anderen Erben nichtig, und von Unkrafften. Da aber die im Testament angezogne Ursach, der Enterbung an ihr selbs gleichwohl tauglich und genug, aber nicht zu erweisen, so ist alsdann das Testament, so vil die Erbsatzung betrifft, aufzuheben, und wider abzuthun, was aber in beyden Fällen sonsten im Testament geordnet, das bleibt beständig.

Summaria.

1. Ob nicht die Erbs-Einsetzung des *Testaments* Grund-Stein seye?
2. und 20. Ob die Kinder beyden Geschlechts nothwendig als Erben einzusetzen, oder zu enterben seyen bey Straff des *Testaments Nullität*?
3. Ob auch die Enckle und Ur-Enckle und die Kinder weiteren Grads?
4. Was Rechtens, wann ein Enckle im *Testament* des Anherrn umgangen worden, weil dessen Vatter zur Zeit des errichten *Testaments* noch gelebt hat, ob das *Testament* zerfalle?
5. Ob der Unterschied unter seinem Sohn, und dem *emancipirten* Sohn dem Bayrischen Recht nach aufgehoben seye?
6. Ob nach Ubergehung eines Kinds, so nach des Vatters Tod gebohren, das *testament* gleich anfänglich nichtig seye, oder erst nach der Geburth unkräfftig werde?
7. Ob nicht allein die Eheliche sonder auch die *adoptirte* Kinder nothwendig als Erben eingesetzt, oder enterbt werden müssen?
8. Ob ein unwissent umgangener Sohn unter einer allgemeinen Erbs-Einsetzung der Kinder enthalten seye?
9. Ob ein *testament*, in welchem die Kinder umgangen worden, völlig zernichtet werde, oder die *Legata* und *Fidei-Commissa* gelten?
10. Was Rechtens, wann solche Umgehung der Kinder von denen Eltern nicht wissentlich, sonder unwissentlich geschehen ist?
11. Ob, wann die Kinder unwissent umgangen worden, nichts destoweniger die *Legata* abgeführt werden müssen, welche der *testirer* gleichsam aus Noth und Schuldigkeit vermacht hat?
12. Was Rechtens, wann der umgangene Sohn das *testament* nicht bestreitten will, ob nichts destoweniger solches, was die Erbs-Einsezung betrifft, nichtig seye?
13. Was daran gelegen, wann das *testament* durch die Umgehung zernichtet wird?
14. Ob auch ein *testament* ohne sattsamme Ursach der Enterbung nichtig seye?
15. Was Rechtens, wann zwar ein sattsamme Ursach verhanden wäre, aber nicht erwiesen wer-den

den kan, was für ein *Remedium rescissorium* es gebe?
16. Welchen die *Querela inofficiosi testamenti* zustehe, und wie lang solche daure?
17. Ob eine Tochter, die sich der Erbschafft eydlich verziehen hat, nichts destoweniger eingesetzt, oder da sie umgangen worden, das Vätterliche *testament* bestreitten könne?
18. Ob die Enckle einer umgangenen Tochter den Anherrn erben können, ohneracht die Mutter sich der Erbschafft verziehen hat?
19. Wann der Sohn mit Recht enterbt worden, ob das umgangene Enckel in des Anherrn *testament* solches in eigner Persohn zernichten könne?

1. Was die Erbs-Einsetzung betrifft setzt unsern Art. 1. dise Regul, daß, weil die Erbs-Einsetzung der Grund-Stein und Fundament eines Testaments ist zu deme, damit das Testament gelte, vor allem die Erb-Einsetzung nothwendig seye, also daß, wann kein Erb eingesetzt worden, eben darum das Testament nichtig und ungiltig seye, in welchem unsers Art. übereins stimmt mit dem Text. in L. proximè 3. §. sententia ff. de his, quæ in test. del. L. jubemus 29. Cod. de testam. §. inprimis. Inst. de Fidei-Commiss. hæred. Es gilt auch nichts, was im Testament geschrieben stehet, wo die Erbs-Einsetzung abgehet. L. 1. §. fin. ff. de vulg. & pupill. L. ult. ff. de jur. Codicill. §. ante hæredis. Inst. de leg. Es ist doch genug ein still-schweigende Einsetzung, Jul. Clar. §. Testamentum quæst. 35. n. 2. & Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 29. n. 6. welcher auch die Erbs-Einsetzung aus Muthmassungen und handgreifflichen Umständen zulaßt. Ja Gail. 2. observ. 112. n. 2. & 9. & obser. 116. n. 6. thut des Vatters Abtheilung unter die Kinder für ein rechtmässige Erbs-Einsetzung halten. Wovon kurtz hernach ein mehrers.

2. Es ist also die erste Regul, damit wir in der Ordnung unsers Art. verbleiben, dise, daß, wann einer in seinem Testament zwar einen Erben eingesetzt, ein Kind aber aus denen Seinigen einzusetzen unterlassen hat (welche Unterlassung wir in unsern Recht eine Umgehung nennen) solche Einsetzung nichtig seye; Dann obwohlen man denen Menschen nichts mehr schuldig ist, als daß der letzte Will gantz frey seyn solle. L. 1. Cod. SS. Eccles. So ist doch dise Freyheit durch die Gesatz so eingeschränckt worden, daß der Vatter den Sohn entweders als Erb einsetzen, oder nahmentlich enterben muß, sonsten, wann er stillschweigend umgangen hat, er nulliter und nichtig testirt. princ. Inst. de exhæred. L. inter 30. ff. de lib. & posth. L. 1. ff. de injust. rupt. &c. Die Ursach ist, weilen die Einsetzung der Kinder die Form und Solennität des Testaments ist, wie einige wollen Berlich. part. 3. conclus. ib. n. 8. Duaren. ad tit. Inst. de lib. & posthum. hæred. Instit. Clarus. §. Testamentum. quæst. 42. Gomez var. resol. tom. 1. cap. 11. Covar. ad cap. Rayutius. n. 5. & 17. oder gewiß die innerliche Substanz und Wesenheit des Testaments ist. Wesenbec. ad Rubr. Inst. de exhæred. lib. n. 1. Hun. ad Treutler. vol. 2. disput. 11. Thes. 1. Wann nun ein Sohn als Erb nicht eingesetzt, noch enterbt worden, so zerfallt das Testament.

Und diß wird 1. extendirt, daß so wohl die Kinder Männlich- als Weiblichen Geschlechts als Erben eingesetzt, oder nahmentlich enterbt werden müssen. §. sed hæc 5. Inst. de exhæred. lib. L. maximum vitium 4. Cod. de lib. præterit. Also daß auch bey Ubergehung einer Tochter das Testament zernichtet wird. Clarus §. testamentum quæst. 42. n. 6. Graff. §. testamentum quæst. 36. n. 5. Dann obwohlen dem alten Recht nach etwelche Unterschied waren bey Umgehung eines Sohns, und einer Tochter wie gesehen werden kan bey Manz. de testam. tit. 8. n. 17. & seq. so seynd doch solche Unterschied von Justiniano aufgehoben worden in dict. L. 4. Cod. de lib. præterit. & in §. sed hæc, Inst. de exhæred. lib. wo er selbst schöne Ursachen seiner Correction beybringt.

2. Wird diß extendirt, daß eingesetzt oder enterbt werden müssen nicht allein die Kinder ersten, sonder auch weiteren Grads, nemlich die Enckle aus einem Sohn oder Tochter beyden Geschlechts, auch die Ur-Enckle, oder auch weitere Descendenten, und obwohlen auch dem alten Recht nach unter denen Söhnen und Encklen ein Unterschied gewesen, worüber zu lesen ist Manz. loc. cit. n. 37. & 38. so hat doch solchen Justinianus in dict. §. 5. & dict. L. 4. gleichfalls aufgehoben und verordnet, daß ein Anherr, der einen Sohn und Enckle aus dem andern Sohn, oder Tochter hat, so wohl den Sohn, als auch die Enckle in ihrer Noth-Gebühr als Erben einsetzen müsse, die Enckle aber nicht in capita, sonder in stirpes. Und dahero redet unser Art. von Umgehung eines seiner leiblichen Kinder, damit er anzeige, daß aller Unterschied unter Söhn und Tochter, und unter denen Descenten ersten und weiteren Grads aufgehoben worden seye, wie dann auch die Eltern Mütterlicher Seiths ihre Kinder o- 3.

der Enckle beyden Geschlechts ohne Nullität nicht umgehen können, wann schon dem alten Recht nach ein anderes gewesen. Idem Clarus §. testam. quæst. 47. per totum Grass. quæst. 36. Gomez. tom. 1. cap. 11. n. 35. Wir haben gesagt ohne Nullität, von welchem Remedio nullitatis unser Art. allein redet in den Worten: so ist alsdann die Erbsatzung nichtig und unkräfftig. Daß also die übrige Rechts-Mittel des gemeinen Rechts entweders nach unsen Bayrischen Statuten gäntzlich verworffen, oder darauf kein Acht gemacht worden: wie da ist das Remedium possessionis contra tabulas prætorium, und in etlichen Fällen das Remedium inofficiosi testamenti. Worüber weiters zu disputiren unnöthig ist, absonderlich, weil das Testament, in welchem die Kinder umgangen worden, von Rechtswegen nichtig ist, wann es schon von denen Kindern nicht bestritten wird, es mögen andere darwider sagen, was sie wollen, und der Kinder Testaments-Bestreitung erfordern. Wovon kurtz hernach mehrers folgen wird.

4. Was ist aber Rechtens, wann 3. ein Enckle in des Anherrn Testament umgangen worden, weil zur Zeit des errichten Testaments, dessen Vatter noch in Leben gewesen, und rechtmässig als Erb eingesetzt worden? Und es wird geantwortet, daß das Enckle das Testament umstosse, wann sich zutragt, daß sein Vatter vor dem Testirer stirbt. L. Gallus ff. de lib. & posthum. Wann nicht villeicht vom Anherrn die Erbs-Einsetzung in genere unter dem Nahmen der Kinder geschehen ist, weilen unter solcher Einsetzung nicht allein der Sohn, sonder auch das Enckle enthalten ist, daß er an seinem Ort und Ordnung, das ist, nach verstorbnen Vatter, erben kan. Francisc. Barrii de resol. testam.

5. Vor Altem zwar ist 4. ein grosser Disput gewesen, wann ein Sohn, oder emancipirter Sohn umgangen worden, oder wegen des Falls, da ein emancipirter Sohn umgangen worden, wo doch dar Enckle in des Anherrn Gewalt behalten worden. Aber dise Subtilitäten alle weichen nach unsern Land-Recht, in welchem unter denen in Vätterlichen Gewalt stehenden, und denen davon entlassenen Kindern kein Untertschied mehr gemacht wird, sonder müssen alle gleichmässig entweders eingesetzt, oder enterbt werden, welches auch gemeinen Rechtens zu seyn lehret, Idem Barrii. loc. cit. n. 10. Nachdeme der Kayser Justinianus, durch die Novell 118. den Unterschied der Emancipation unter Kindern bey Erbnemmungen aufgehoben hat. Lese doch den D. Manz. loc. cit. tit. 8. ampl. 4. n. 78. usque ad n. 124. wo er gantz subtil dise Materi und sonderheitlich dise Frag tractirt. Welcher Gestalten und in wie weit zu heutigen Zeiten die Jura suitatis aufgehoben seyen, und ob ein Testament, in welchem des Vätterlichen Gewalts entlassner Sohn umgangen worden, von Rechtswegen nichtig, oder Remedio possessionis contra tabulas umzustossen seye? In welcher Frag die DD. nicht einig seynd, da einige Ja, und andere Nein sagen, andere aber einen Unterschied machen, ob der emancipirte Sohn simpliciter umgangen worden, oder mit Beysatz der Ursach. Also daß im ersten Fall das Testament von Rechtswegen nichtig, in dem andern Fall aber durch das Remedium possessionis contra tabulas um zu stossen seye. Worunter ja ein grosser Unterschied ist, weil das Remedium nullitatis, als ein Remedium juris civilis ordinarium 30. gantzer dauret, das Remedium possessionis aber als ein Remedium prætorium inner einen Jahr ergriffen werden muß. L. 1. §. largius 12. ff. de success. edict. Mynsing. §. emancipatos. 3. & ibidem Harp. n. 5. Inst. de exhered. lib. Wir können uns dises Stritts leichtlich entschitten, wann wir sagen, daß Krafft unsers Art. weder dem Vatter, noch Mutter, oder Anherrn, oder Anfrau, nach dem Ur-Anherrn noch der Ur-Anfrau erlaubt seye, ihre Söhn oder Töchter, oder übrige Kinder, sie mögen in Vätterlichen Gewalt stehen oder nicht, zu umgehen, oder in dem Testament zu enterben, wann sie nicht als undanckbar erwisen, und die Ursach der Undanckbarkeit in der Eltern Testamenten nahmentlich entworffen ist. Welches schier die Wort der Novell. 118. cap. 3. und der Auth. non licet Cod. de lib. præter. seyn, und zwar bey Straff der Nullität, wie die Wort unsers Art. klar lauten: so ist alsdann die Erbsatzung der anderen Erben nichtig und von Unkräfften. Wie dann auch nicht wenig Rechts-Gelehrte seynd, die vorbemelte Text in vers. penitus. also verstehen, wie zu sehen ist bey Manz. loc. cit. n. 87. & seq. wo er zu Ende n. 115. einen Casum setzt, was für ein Unterschied seye, unter dem Remedio nullitatis und Possessionis contra tabulas.

Was ist aber zu sagen 5. von denen Kindern, so nach des Testirers Tod gebohren werden, Posthumi genannt? Unser Art. sagt von disen hier nichts, sonder es wird deren im 3. Art. 37. Tit. gedacht, wovon wir alldort reden werden: 6.

Unterdessen vermeynen wir, gewiß zu seyn, daß unser Art. von der Erbsatzung, und Enterbung der Eheleiblichen Kinder. Ohne allen Anstand nicht allein von denen gebohrnen, sondern auch, die noch gebohren werden, das ist, von Posthumis zu verstehen seye: Es seynd aber zwey Puncten der Posthumorum halber zu durchsuchen. Der erste, ob nemlich nachdem der Posthumus umgangen worden, das Testament gleich Anfangs nichtig seye, oder aber nach der Hand, und nach der Geburth erst des Posthumi zernichtet werden? Dann alle Rechts-Gelehrte lassen einhellig zu, daß die Posthumi mit Nahmen als Erben eingesetzt, oder enterbt werden müssen, und wann sie umgangen worden, das Testament nichtig seye. DD. ad §. posthumi Inst. de exhæred. lib. Clarus §. testam. quæst. 45. Duaren. ad tit. de lib. & posthum. in princ. Inst. de exhæred lib. Die Ursach ist, weilen die Posthumi so gut Kinder seynd, als die zuvor gebohrne. Ist also allein die Beschwehrnuß übrig, ob, nachdem die Eltern in Testament der Posthumorum keine Meldung gethan haben, das Testament von Rechtswegen nichtig seye, oder erst nach der Geburt des Posthumi entkräfftet werde? Wo abermahlen die DD. unter dem alten und neuisten Recht unzahlbare Unterschied machen. Wir seynd mit der gemeinen Meynung des Darfürhaltens, daß ein Testament, in welchem der Posthumus umgangen worden, nicht also gleich, und zu Anfang nichtig seye, wird erst nach dessen Geburt entkräfftet. Duaren. ad tit. de lib. & posthum. in rubr. Perez. in Cod. de liber præter. n. 7. Gomez de Instit. liber. n. 4. vers. quod tamen. Mynsing. & alii DD. ad §. 1 n. 3. Inst. eod. und gewiß für disen Sentenz seynd ausdrucklicher Text in L. 3. §. ex his 3. ff. de injust. rupt. &c. & in L. 2. Cod. de bon. possid. contra tab. endlich in §. posthumi 1. Inst. de exhæred. lib. in welchen ich nichts finde, so unsern Kayserlichen Recht zuwider wäre: Es schlagt auch ein die handgreiffliche Ursach, weilen der Posthumorum, so lang sie in Mutter-Leib seynd, Geburt ungewiß ist, sie auch weder unter die Leuth noch Burger gezehlt werden, seynd auch nicht in Vätterlichen Gewalt, können auch weder Mensch noch Vieh genennt werden, sonder eine Hoffnung eines Menschen, wie gantz recht sagt Gommez loc. cit. n. 4. Diß ist eine General-Schluß, einen sonderbaren macht Fancisc. Barrii d. lib. 13 tit. 3. n. 12. de test. wo er, ob der Posthumus das Testament umstosse? Einen Unterschied macht, und die Sach in zwey Theil absetzt. Der erste ist vom Lebenden und Ausgezeitigten, der ander vom unzeitiger Geburt. Dergleichen ist, der vor der rechten Geburts-Zeit gebohren wird. Von der ersten Gattung der zeitigen Geburt macht er dise Regul, daß, wann er todt gebohrn wird, das Testament nicht umstosse: Ein anders aber seye, wann er lebendig gebohrn wird. Wie aber zu erkennen seye, ob der Posthumus todt oder lebendig auf die Welt kommen? Das laßt er der Erkanntnuß des Richters und der Erfahrnen über, absonderlich denen Hebammen, und andern Weibern, hierüber seynd zu lesen Pæregr. de Fidei-Commiss. Art. 43. n. 44. Und Menoch. de arb. Jud. lib. 2. cap. 491. n. 5. Item, wann das Kind in Mutter Leib gestorben, oder wann selbes gantz imperfect gebohren, oder gleich in Handen der Hebammen gestorben, oder wann es einem Monstro gleich sicht ꝛc Von welchem allem wir mehrers nicht reden wollen, noch weniger vom anderen Theil, oder von unzeitiger Geburt, wellen ihnen die heutige unsere Medici einbilden, daß sie mit ihrer Wissenschafft so weit gekommen, daß sie den Kayser Justinianum und Gesatz-Geber, unsere Recht, und Rechts-Gelehrte offentlich auslachen sagende, daß ein unzeitige Geburth seye, der vor dem 7. Monath gebohren wird, und der im 8. Monath gebohren wird, und also solcher das Testament des Vatters nicht umstosse, in welchem er umgangen worden. Uber welch alles der geneigte Leser zu Rath ziehen kan Francisc. de Barrii loc. cit. n. 12. & seq. und den Zachiam fürwahr einen fürtrefflichen Medicum und zugleich Juristen, und unsern Chur-Fürstlichen Leib-Medicum D. Thyrmair in Consil. suis med wo er sich einen Rechts-Erfahrnen und Medicum nennet.

Wir 6. schreitten auf die Söhn, die Adoptivi genennt werden; In unsern Vatterland ist zwar die Adoption wenig im Brauch, weilen inner 40. Jahren mehr nicht als eine sehr reiche gesehen haben, so aber aus Reu inner einem Jahr revocirt worden, nichts destoweniger doch thun wir auf dise Frag, ob nicht allein die Eheleibliche Kinder, sonder auch legitimirte, und adoptirte als Erben eingesetzt, oder enterbt werden müssen? Antworten kürtzlich, daß dem neuisten Recht nach ein Unteschied zu machen seye, ob einer von Ascendenten, oder von Fremden adoptirt worden; Ein Fremder ist nicht schuldig den adoptirten Sohn als Erben einzusetzen, L. 10. §. 1. Cod. de Adopt. noch zu enterben, sonder kan ihn frey umgehen. §. sed ea omnia Inst. de hæred. quæ ab intest. und all jenes, was er vom adoptirenden Vatter 7.

Vatter aus dem Testament erlangt, das ist ein purer freyer Will und keine Schuldigkeit, dict. L. 10. §. sed ne articulum Cod. ne adopt. Wann aber einer von einem Ascendenten adoptirt worden, alsdann verbleibt das alte Recht. L. 1. in prin. ff. de bon. contr. tab. Und ein solcher muß nothwendig als Erb eingesetzt, oder enterbt werden, also daß ein solcher das Testament nichtig macht. dict. L. 10. vers. si verò pater. Cod. de adopt. Wo gleichsam dise gantze Materi auf einmahl beysammen sitzt, daß der Adoptirte, der ein Sohn ist, und einen natürlichen Vatter hat, nicht in des adoptirenden Vatters Gewalt verfalle, auch den Gewalt nicht habe das Testament desselben mit dem Remedio possessionis contra tabul. oder mit der Querela inofficiosi testamenti zu bestreitten, aber der von einem Ascendenten adoptirte verfallt in dessen Gewalt, und verliehrt des natürlichen Vatters Recht, wann er nicht vor dem Tod des natürlichen Vatters von dem Adoptirenden wieder emancipirt und entlassen worden. Ein anderes ist bey der Arrogation, wo man allzeit eintritt in den Gewalt des Arrogirenden, und thut alle Recht, die ein ehelich gebohrner Sohn hat, ein solch arrogirter Sohn erlangen. Von welch allem sehr weitläuffig und nach seinem Brauch sehr klar geschrieben hat unser Mutters Bruder D. Manz. de testam. tit. 8. §. de adoptivis per totum. Uns ist genug, etwas aus bemeldten L. 10. in einer so raren Materi gesagt zu haben.

Wir thun die Materi von blossen natürlichen Kindern hier mit Fleiß umgehen, weilen von deren Erbschafften sowohl aus Testamentern, als ohne Testamentern der gantze 39. Titul nachfolgen wird.

8. Jetzt über unsern Articul setzen wir eine andere Frag ob nemlich ein Testament gelte, wann ein Vatter seine Söhn nur generaliter, und universaliter als Erben einsetzt, und ob in solchen Fall verstanden werde, auch den Sohn als Erben eingesetzt zu haben, welchen zu haben er nicht gewußt hat, oder geglaubt gestorben zu seyn? Die gemeine Antwort ist, daß ein solches Testament nicht gelte, weil alle Kinder nahmentlich eingesetzt, oder enterbt werden müssen, aber die widrige Meynung, daß ein unwissend umgangener Sohn unter einer Univer- sal-oder General-Einsetzung der Kinder mit begriffen seye, nennet Gail. lib. 2. obs. 113. n. 8. die gütigere Meynung, und vermeynt, daß solche in Testaments als favorablen Sach zu halten seye, wir erachten, daß auch dise unsern Articul conformer seye, weil die ausdruckliche Einsetzung der Ehe-leiblichen Kindern, zwar als ein wesentliches Haupt-Stuck des Testaments erfordert wird, nicht aber nahmentlich, also daß die Kinder mit ihren Nahmen benennt werden sollen. Wann nun einer sagt, ich setze alle meine Kinder ein, so mit gebohren seyn, und noch gebohren werden, so scheint, daß solcher unsern Articul genug gethan habe, weil ein solche Einsetzung ein ausdruckliche Einsetzung kan genennt werden, welches allein der Articul erfordert, wann schon die Kinder nicht seynd hergezehlt worden.

Ein andere Frag ist, ob ein solches Testament, in welchem ein Sohn umgangen worden, gäntzlich zernichtet werde, also daß weder die in selben vermachte Legata oder Fidei-Commissa, oder andere Geschäfft gelten, oder bestehen? 9.
Und die gemeine Lehr ist, daß heut zu Tag das Testament wegen Umgehung oder Enterbung allein was die Erbs-Einsetzung betrifft zernichtet werde, und also in selbem allein umgestossen werde, in welchem dem umgangenen oder enterbten Sohn unrecht geschehen, das übrige aber, was im Testament verlassen worden, als Legata, Fidei-Cemmissa kräfftig seye, und von den Erben ab intestato præstirt werden müsse. auth. ex causa. Cod. de lib. præt. & auth. ut cum §. illud Cod. de appell. Unser Articul kommt über eins in den Worten: Da aber die im Testament angezogene Ursach der Enterbung an ihr selbst gleichwol tauglich, und genug, aber nicht zu erweisen, so ist alsdann das Testament so vil die Erbsatzungen betrifft, aufzuheben, und wieder abzuthun, was aber sonst im Testament geordnet, das bleibt beständig. Und obwohlen der Art. eigentlich von der Enterbung redet, und nicht von der Umgehung, so wird die Umgehung und Enterbung in disem Art. was die Giltigkeit der Legaten und Fidei-Commissen betrifft, einander gleich gehalten, und dahero ist in denen letzten Worten enthalten, was aber sonsten im Testament (wird beygesetzt in beyden Fällen) geordnet, das bleibt beständig. In beyden Fällen, das ist, der Umgehung, und der Enterbung. Ob aber nicht unter beyden Fall ein anderer Unterschied sey, wird bald hernach folgen.

Und dises, was von der Substanz der Legaten und Fidei-Commissen gesagt worden, hat Platz in jeden Umgehungs-Fall der Kinder, sie seynd in Vätterlichen Gewalt, oder dessen entlassen worden, erst oder weiteren Grads, von

Vatter oder Mutter, von An-Herrn oder An-Frau umgangen worden, weil unser Art. in genere redet von den Eheleiblichen Kindern. Und wir haben schon oben gesagt, daß die Subtilitäten, und Unterschied der alten Recht heutiges Tag aufgehoben worden. Worüber doch zu lesen ist Pet. Gilck ad dict. auth. ex causa n. 2. Cod. de lib. præter. vel exhæred.

10. Und das, was jetzt gesagt worden, muß allein verstanden werden, wann die Eltern ein Kind wissentlich umgangen haben, dann, wann dises unwissend geschehen ist, nemlich weilen der Vatter geglaubt hat, der Sohn sey gestorben, oder nicht gewußt hat, daß seine Ehe-Frau schwanger seye, und also an das zu gebähren stehende Kind nicht gedacht hat: Der wahrhafftere Sentenz ist, daß wegen Unwissenheit des Testirers das gantze Testament nicht allein, was die Erbs-Einsetzung betrifft, sondern auch, was die Legata und Fidei-Commissa belangt, zerfalle. Die Ursach gibt Gail. loc. cit. n. 2. Weilen die Schanckung unter Lebendigen stärcker ist, welche sich auf zweyer Willen gründet, als ein Legat oder Fidei-Commiss, welches von des Testirers Willen allein abhanget, die Schanckung unter Lebendigen aber wird auf Geburt der Kinder widerruffen als inofficios, also um so mehr ein Legat oder Fidei-Commiss muß revocirt werden, weil glaublich ist, daß der Testirer keine Legata oder Fidei-Commissa wurde gemacht haben, wann er geglaubt hätte, sein Sohn lebe, oder die Frau seye schwanger. Der geneigte Leser lese über dise Frag ein mehrers bey Tyraquell in L. si unquam. vers. donatione largitus. n. 362. Cod. de revoc. donat. & Hieron. de Cævall. in quæst. pract. quæst. 183. Und diß hat Krafft des Gail. loc. cit. n. 8 sonderheitlich Platz, wann ein Frembder als Erb eingesetzt worden, dann in solchen Fall das Testament zweyfach nichtig ist, sowohl wegen der Umgehung, als wegen Mangel des Verstorbnen Willen.

11. Es kan auch in solchen Fall, wo der Testirer, der seinen gebohrnen oder gebährenden Sohn umgangen hat, aus Unwissenheit Legata und Fidei-Commissa particularia vermacht, nicht gesagt werden, daß solche zerfallen, wann solche mehr aus Noth und Schuldigkeit, als aus des Testirers freyen guten Willen gemacht worden; Dann, wann man setzt, daß einer um seinen Gewissen Genügen zu thun wegen ungerecht abgenommenen Sachen, wegen ausständigen Rechnungs-Resten, wegen ungerechten Zinnsen, und dergleichen Schweiff nach sich ziehenden Verbrechen Legata gemacht, gewiß solche werden wegen Umgehung des unbekannten Sohns, oder Posthumi nicht zuruck geruffen, weil wahrscheinlich ist, daß der Testirer solche auch wurde gemacht haben, wann er schon gewußt hätte, daß er einen Sohn habe, oder ihm einer werde gebohren werden, weil er mehrers erachtet werden kan, sich selbsten und sein Gewissen geliebt zu haben, und der unbekannter Weiß verhandene Sohn, oder der nach dem Tod gebohrne Sohn ist eben darum zu Abstossung solcher Schuld gehalten, weil er Erb ist.

Was ist aber Rechtens, wann der umgangene Sohn villeicht wegen Ehrenbiettigkeit gegen den Vatter, oder aus einer anderen Ursach villeicht, weil er das Vätterliche Erb nicht nöthig hat, das Vätterliche Testament nicht hat zernichten wollen, sondern schweigt, und solches nicht anfechtet? Nun wird gefragt, ob es doch wegen Erbs-Einsetzung nichts desto weniger nichtig seye? Und Jul. Clarus §. testamentum quæst. 43. n. 2. und Berlich. lib. 3. conclus. 16. n. antworten mit Ja, weil die Nullität von der Verordnung des Gesatz, und nicht von des Menschen Willen abhangt. Dann es wird gesagt solches Testament seye nichtig. prin. Inst. de exhæred. lib. L. 1. vers. aut nullius. L. 3. §. 3. L. qui uxor. 13. vers. continuo ff. de injust. rupt. und anderer Orten mehr. Und unser Articul sagt, ist nichtig und von Unkräfften, und sagt nicht, kan nichtig und zu Unkrafften gemacht werden. 12.

Wann man sagt, was in diser Frag für ein Nutzen stecke? So antworten wir, ein sehr grosser. Dann wann man setzt, einer hab 3. Söhn gehabt, deren einer umgangen worden, die andere zwey aber hat er in ungleichen Theilen als Erben eingesetzt. Zum Exempel einen in einem Drittel, und den anderen in zwey Drittel; Gewiß ein solches Testament ist von Rechts wegen nichtig, wegen Umgehung eines aus denen Söhnen, wann schon der umgangene Sohn schweigt, und das Testament als nichtig nicht bestreittet, und also jener, der in Testament nur mit einen Drittel als Erb eingesetzt worden, kan alles herstellen, als wann kein Testament obhanden wäre, L. 1. §. ult. ff. si tab. test. null. exst. L. post mortem 10. §. ult. ff. de bon. poss. cont. tab. Novell 115. cap. 3. §. ult. Jul. Clarus. §. testamentum quæst. 43. Es hindert auch nichts, wann der umgangene Sohn das Vätterliche Testament approbirt, und mit der Umgehung zu frie- 13.

frieden ist, weilen, obwohlen villeicht er sich durch dergleichen Approbation præjudiciren kan, er doch seinen übrigen eingesetzten Brüdern ihr erworbnes Recht, wegen des umgangnen Mit-Bruders das Testament zu zernichten nicht benemmen kan, Krafft des Text in Novell. ut cum de appell. cognosc. 115. cap. 3. §. ult. Wann schon mit denen Söhnen ein frembder Erb eingesetzt worden, also daß die instituirte Söhn, welche das Recht das Vätterliche Testament wegen Umgehung des Mit-Bruders zu zernichten erlangt haben, den mit ihnen eingesetzten frembden Erben, da die Erbschafft ohne Testament anfallt, lediglich ausschliessen können von der Erbschafft. dict. Novell. 115. §. ult. & L. si post mortem. 10. §. hi qui propter ult. ff. de bon. possess. contra tab. Berlicp. lib. 3. concl. 16. n. 4. & n. 36. cum seq. Wo er auch der Länge nach durchsucht, wann und wie der umgangene Sohn durch Approbation des Vätterlichen Testaments sich præjudicire, wohin wir den Leser anweisen.

14. Bißhero haben wir von Umgehung der Kinder geredt, jetzt folgt der andere Theil dises unsers Art. von der Enterbung, in welcher der Unterschied vorgestellt wird, ob die Enterbung eines Kinds geschehen seye aus einer Ursach, welche von Rechts wegen zur Enterbung genug ist, oder welche ercklecklich ist, aber nicht erwiesen werden kan; In dem ersten Fall ist das Testament ebenfalls von Rechts wegen null und nichtig, nicht anderst, als wann ein Sohn wäre umgangen worden; In dem anderen Fall aber, wo allein die Prob abgehet, ist zwar das Testament von Rechts wegen nicht null und nichtig, sondern kan aufgehebt, und wieder abgethan werden. Wir haben schon in vorhergehenden gesagt, daß nach unsern Land-Recht der Unterschied unter denen in Vätterlichen Gewalt stehenden und emancipirten Kindern männlichen und weiblichen Geschlechts erst oder weiteren Grads, die von der auffsteigenden Lini männlichen oder weiblichen Geschlechts abstammen, aufgehoben worden seye, und also derselben Umgehung allzeit eine Nullität nach sich ziehe, also daß man die alte Rechts-Mittel als die Possession contra tabulas, das Jus accrescendi, die Querelam inofficiosi &c. nicht mehr nöthig hat; Doch ist diser alter Unterschied verblieben, welcher die emancipirte Kinder betrifft; Dann weilen die gemeine Meynung gewesen, daß der Unterschied unter dem in Vätterlichen Gewalt stehenden, und dem emancipirten Sohn allein ab intestato, und nicht ex testamento aufgehoben worden, so wurde das Nullitäts-Mittel nach gemeiner Meynung der Rechts-Gelehrten nicht anderst zugelassen, ausser die Enterbung seye geschehen, wegen einer lediglich nicht genugsamen Ursach, wann sie aber aus einer Ursach geschehen, die an sich selbsten zwar genug ist, aber aus Abgang der Prob zerfallet, so ware ihm allein das Remedium rescissorium übrig. Welches unsere Bayrische Statuten, nachdem der Unterschied unter den Kindern aufgehoben worden, jetzt simpliciter verordnet, daß ohne alles Ansehen, die Kinder mögen beschaffen seyn, wie sie wollen, welche enterbt werden, allzeit vor allem diß zu betrachten seye, ob die Enterbung aus einer in Rechten nicht ercklecklichen Ursach geschehen seye, oder zwar aus einer sattsamen Ursach, die aber nicht erwiesen ist, daß also im ersten Fall die enterbte Kinder denen Umgangenen gantz gleich seynd, und das Nullitäts-Mittel haben, in dem anderen Fall aber allein das Remedium rescissorium.

Man wird fragen, was für ein Mittel das Remedium rescissorium seye? 15. Und wir sagen, daß denen aus einer an sich selbsten rechtmässigen aber nicht erwiesenen Ursach enterbten Kindern die Querela inofficiosi testamenti zustehe. L. 1. 2. 3. ff. de ioff. test. Dann ein Testament, in welchem die Kinder aus einer rechtmässigen Ursach enterbt werden, ist an sich selbsten giltig, weilen aber die Ursach nicht erwiesen werden kan, so wird es inofficiosum genennt, und also wird es durch die Querelam umgestossen, nicht als wann es nicht recht gemacht worden, sondern als seye es wider die Billigkeit errichtet worden. Perez ad tit. Cod. de inofficios. test. n. 2. Dise Querela aber stehet anderen nicht zu, als welchen nach umgestossenen Testament die Erbschafft ab intestato zufallet, doch nicht allen, sondern allein jenen, welchen im Testament unrecht widerfahren zu seyn scheinet. L. 1. 6. 15. & 22. Cod. de inoffic. test. Idem Perez loc. cit. n. 4. Mit einem Wort, ein Testamentum inofficiosum ist, welches zwar rechtmässig eingericht worden, aber nicht der Billigkeit nach, welche die Eltern beobachten müssen, in Ansehung dessen die natürliche Vernunfft dises Mittel eingeführt hat, damit Behelff dessen die Erbschafft jenen zugeleitet werde, denen solche von denen gleichsam nicht recht vernünfftigen Testirern entzogen worden. Die Querela inofficiosi aber daurt nur fünff Jahr, welche Zeit nicht vom Tod des Testirers sondern von der Zeit der angetrettenen Erbschafft an zu rechnen ist, L. 34. & 36. §.

§. 2. Cod. de inoff. test. Es muß auch solche Zeit nach Lehr des Perez ad h. t. n. 19. ehender nicht lauffen, ehe die Action erlangt worden, und man jenen weißt, wider welchen man klagen kan, wann nicht einer wegen einer grossen Ursach verhindert worden, daß er inner 5. Jahr nicht klagen können. L. 16. Cod. de inoff. test. Wann aber einer inner 5. Jahren sein Recht nicht sucht, der scheinet, er hab dem Willen des Verstorbnen nachgegeben, und die Querelam inofficiosi nachgelassen.

16. Ob aber und welch anderen Persohnen, aufsteigend, oder Seiten-Lini, oder wann und aus welchen Ursachen dise Querela sonsten zustehe? Daß wollen wir hier weiters nicht durchforschen, weil in disem Articul allein von den Kindern die Frag ist.

Mit wenigem wollen wir unsern
17. Brauch nach kurtze Fragen beyrucken, deren die erste ist, ob eine Tochter, die sich der Erbschafft ihrer Eltern eydlich verziehen hat, nichts destoweniger als Erbin eingesetzt werden müsse? oder wann sie umgangen worden, das Testament zerfalle? Dise Frag kommt täglich vor bey adelichen Familien, deren Töchter entweders in die Clöster verschoben, oder verheyrathet werden, nachdem sie sich Vätterlicher und Mütterlicher Erbschafft eydlich verziehen haben. Hierauf antworten wir, daß Ant. Faber decis. 13. de error. pragmat. error. 1. der Meynung seye, daß solches Testament nicht giltig seye, wann schon die Verzicht eydlich geschehen ist, weilen zwar der Eyd macht, daß das Versprochne gehalten werden muß, durch dises doch werde das gemeine Recht nicht umgekehrt, welchem die Pacta der Privat-Leuthen nichts benemmen kan. L. 55. ff. de leg. 1. Aber der widrige Sentenz ist wahrhaffter, und in praxi angenommen, weil dem Geistlichen Recht nach solche eydliche Verzicht so kräfftig ist, daß das Vätterliche Testament giltig ist, es hindert auch des Fabri subtiler Einwurff nichts; Dann wann wir schon sagen, daß wegen Umgehung der Tochter das Testament nichtig gewesen seye, so ist doch hingegen wahr, daß die verziehne Tochter wegen des Eyds das Testament der Eltern nicht anfechten, oder zernichten oder quereliren könne, wie antwortet Ant. Perez ad tit. Cod. de lib. præt. vel exhæred. n. 5. Guido papæ. decis. 295. & 598. Welche Antwort nicht genug ist: Dann, wann der geneigte Leser auf vorbesagtes Acht gibt, so kan sich ein Casus zutragen, daß die Umgehungs-Nullität nicht allein die Persohn betrifft, welche umgangen worden, sondern auch andere: Wie wir wegen 3. Söhnen einen Casum gesetzt haben, deren einer umgangen, die andere zwey aber in ungleichen Theilen eingesetzt worden, einer in einem blossen Drittel, und der andere in zwey Drittel. Auf welchen Casum wir nach gemeiner Lehr der DD. antworten, daß, wann schon der Umgangene das Testament umzustossen nicht verlangt hat, oder villeicht wegen eigner Approbation nicht gekönnt hat, nichts desto weniger die 2. Brüder, so ungleich eingesetzt worden, alles in den Stand ab intestato setzen können, warum also soll nicht auch eben dises Platz haben, bey einer Tochter, die sich eydlich der Erbschafft begeben thut? Wann wir supponiren, daß ohneracht der eydlichen Verzicht, die Nichtigkeit des Testaments dem Recht nach gewiß seye: Diser Gefahr aber können unsere Pragmatici stattlich begegnen, wann sie die verziehne Töchter in dem, was ihnen zur Aussteuer gegeben wird, als Erben einsetzen; Dann solchen Falls ist das Testament an sich selbst kräfftig, und kan weder denen verziehnen Söhnen, noch denen eingesetzten Erben das Recht das Testament zu zernichten zustehen, was immer wegen anderen Mitteln villeicht in Disput hergezogen werden kan.

Die andere Frag ist, was zu sagen seye von denen Encklen aus der verziehnen Tochter, ob sie den An-Herrn erben können, ohneracht der Mütterlichen Verzicht? Und wir antworten, daß die Encklen des An-Herrn Testament nicht bestreitten können, wann ihr Mutter noch lebt, weil durch Gegenwart der Mutter sie von der Erbschafft des An-Herrn ausgeschlossen seynd. L. si quis 9. §. si filium 2. ff. de lib. & posthum. Grass. quæst. 36. n. 15. Wann man aber setzt, daß die Mutter vor verstorben, und die Enckle in des An-Herrn Testament villeicht deßwegen umgangen worden seyn, weilen der An-Herr vermeynte, daß der Mutter Verzicht denen Encklen in Weeg stehe, so unter denen Rechts-Gelehrten kein geringen Dispur, was dißfalls zu sagen seye, dann, weilen die Tochter sich der Vätterlichen Erbschafft begibt, so empfangt sie meistens ein zulängliches Heyrath-Guth, welches sie ihren Kindern, das ist, denen Encklen des An-Herrns zuschiebt, daß also die Enckle der Mutter welche sie repræsentiren, gethane Verzicht also zu halten verbunden zu seyn scheinen, daß sie der eydlich beschehnen Verzicht nicht widerstreben können. Dann es erhellet sehr unbillig zu seyn, daß sie den An-Herrn doppelt erben sollen in der Persohn der Mutter, da sie 18.

von ihr das Heyrath-Guth bekommen, und in eigner Persohn, da sie wegen ihrer Umgehung die Erbschafft des An-Herrn suchen. Dessen doch ohneracht, vermeynen die mehriste DD. daß die in des An-Herrn Testament umgangene Encklen solches bestreitten können, weil nach verstorbner Mutter die Encklen Noth-Erben werden, welche eingesetzt, oder mit Nahmen aus einer rechtmässigen Ursach enterbt werden müssen, daß, wann sie umgangen worden, besag des obgemachten Unterschieds sie des An-Herrn Testament nichtig nennen, oder querelirn können. Gomez ad L. 22. tauri n. 10. Guttierez. ad cap. quamvis de pact. in 6. Molin. de primogenitura. Hisp. lib. 2. cap. 3. n. 47. Weil sie den An-Herrn in eigner Persohn erben, und also wieder rechtlich ist, daß sie durch die Mütterliche Verzicht sollen ausgeschlossen werden. Obwohlen Perez. ad tit. Cod. de hæred. instit. n. 6. bestättiget, daß das Contrarium in praxi angenommen seye, absonderlich wann die Verzicht eydlich geschehen ist, damit die Güther bey der Famili verbleibeten, und dem männlichen Geschlecht erhalten wurden, zu dessen Favor vil anderes, so dem Recht eben so ähnlich nicht ist, übertragen wird, wie da ist das Decret des Durchleuchtigisten Chur-Fürsten Ferdinandi Maria mild-seeligisten Andenckens von Anno 1672. wodurch er denen Eltern den Gewalt zugeeignet hat, zu Erhaltung der Famili, denen Töchtern weniger als die Noth-Gebühr zu vermachen, welches ja als dem gemeinen und natürlichen Recht zuwider (weil gesagt wird, daß denen Kindern die Noth-Gebühr der Natur nach gebühre) bloß wegen des Favors um die Famili zu erhalten, übertragen werden kan. Disem kommt hinzu, daß dergleichen eydliches Verzicht meistens von Töchtern geschehen, nicht allein für sich, sondern auch für ihre Erben; Also daß, wann die Encklen ihrer Mutter Erben seyn wollen, sie am Eyd gebunden seynd.

19. Die dritte Frag ist, ob, nachdem der Sohn vom Erb ausgeschlossen worden, das Enckle in eigner Persohn wider des An-Herrn Testament klagen könne? Zum Exempel, wann der Sohn eine solche Undanckbarkeit begangen hat, daß ihn der Vatter mit Recht enterbt hat, kan wohl das Enckle des An-Herrn Testament nichtig nennen, wann er darinn als Erb nicht eingesetzt worden? Und wir antworten unter vorigem Unterschied, ob nach Absterben des An-Herrn der enterbte Sohn noch lebe oder nicht: wann er lebt, so kan das Enckle des An-Herrn Testament nicht nichtig nennen, Krafft des Text in L. illud 4. §. 1. de bonor. poss. cont. tab. Wo gesagt wird, daß, wann einer seinen Sohn, den er im Vätterlichen Gewalt gehabt hat, als Erben eingesetzt, oder enterbt, und aus selben das Enckle umgangen hat, die Possessio bonorum cont. tab. nicht Platz habe. Die Ursach ist, weilen bey Lebs-Zeiten des Sohns das Enckle das Recht nicht hat, den An-Herrn zu erben, noch die Noth-Gebühr zu begehren; Es kan also dasselbe des An-Herrn Testament nicht bestreitten, welcher beberechtiget gewesen seinen undanckbaren Sohn von der Erbschafft auszuschliessen.

Wann man sagt, daß doch das Enckle unschuldig seye, weil es kein Undanckbarkeit verübt hat, und also einer Verzeyhung würdig seye. Wir antworten, daß sich in keinem Exempel das Jüdische Sprich-Wort mehrers wahr mache, als in disem, daß wegen einer bittern und sauren Trauben, welche die Alt-Vätter gessen haben, der Kinder Zähn noch Wehe thun, weilen zwar denen Encklen wegen ihrer Eltern Verbrechen nichts von dem Erworbenen benommen, sondern allein das künfftige Erwerben abgeschnitten wird; Ein anderes ist, wann der undanckbare und enterbte Sohn vor dem An-Herrn gestorben ist, und in dessen Testament die Enckle umgangen worden seynd, alsdann wird des An-Herrn Testament umgestossen und zernicht. L. posthumorum. ib. ff. de injust. rupt. §. posthumorum. Inst. de exhæred. lib. Aus Ursach, weilen alsdann die Kinder in eigner Persohn den An-Herrn erben, welchen keine Undanckbarkeit kan entgegen gesetzt werden. Grass. §. testamentum. quæst. 36. n. 14. & seq. Gomez var. resol. tom. 1. cap. 11. n. 21. Und deßwegen thun die An-Herrn gantz recht, wann sie Krafft des L. Gallus. §. etiamsi ff. de lib. & posthum. den Sohn und das Enckle zugleich als Erben einsetzen, oder auf den Fall, wo der Sohn enterbt wird, durch Einsetzung des Encklens der Nullitæt vorkommen.

Ant. Perez in Cod. ad hunc tit. n. 8. macht einen Unterschied (welchen er doppelt setzt) unter dem Umgangenen von der Mutter Mütterlicher Seits, und unter dem Umgangenen vom Vatter: Weilen aber dise alte Subtilitäten aufgehoben worden, wie wir schon offt erwehnet haben, so ist nicht nöthig, daß wir uns bey diser Frag längers aufhalten. Sondern wir sagen glathin wahr zu seyn, daß die Enckle, sie mögen von denen An-Herren oder An-Frauen Vätter- oder Mütterlicher Seits umgangen worden 20.

seyn, nach unsern Land-Recht das Beneficium Nullitatis haben, und der Eltern Testament bestreitten und umstossen können, also daß sie nichtmahlen das Edictum successorium, noch ein Remedium prætorium, noch die Querelam inofficiosi nöthig haben, weilen alle Kinder, nach aufgehebten alten Subtilitäten, wo nicht nach dem neuisten Civil-Recht, wenigist nach unsern Land-Recht, gleich gemacht worden, weil unser Art. allein von der Nullität Meldung thut, und allein in dem Enterbungs-Fall wegen einer rechtmässigen aber nicht erwießnen Ursach die Querelam inofficiosi zulaßt.

Der anderte Articul.

In disen nachfolgenden Fällen und Ursachen mögen die ehelichen und leiblichen Kinder ihrer Vätterlicher und Mütterlicher Erb-Fälle, durch Testament, entsetzt und enterbt werden, also, daß solche Enterbung und Ursachen, im Testament mit klaren Worten bestimmt, und ausgedruckt, auch nach Abgang der Eltern, solche bestimmte Ursachen, durch den eingesetzten Erben, auf die enterbte Kinder, ob sie der in Abred stunden, wie recht ist, erwiesen werden.

Zum ersten, wann die Kinder ihre Eltern schlagen, oder mit freventlicher Gewaltsame, Hand an sie legen.

Zum anderten, so die Kinder schwäre und unehrsame Unrecht, Frevel, und Schmach-Wort an ihre Eltern legen, oder gegen ihnen fürnemmen.

Zum dritten, so die Kinder sich unterstehen, ihre Eltern vor Gericht peynlich anzuklagen, um Sachen die Leib und Leben berühren. Es wäre danu, daß durch die Eltern ein schwäre Verhandlung, wider den Römischen Kayser oder König, oder ihren Lands-Fürsten, oder wider den gemeinen Stand und Weesen, oder gemeinen Nutz des Lands, wäre fürgenommen worden, oder die Ketzereyen, oder Zaubereyen antreffen.

Zum vierten, so die Kinder mit Gifft, oder in anderer Weeg und Weise, sich unterstunden, das Leben ihrer Eltern zu verderben.

Zum fünfften, wann ein Kind seine Eltern gefährlich verräth, oder angibt, um was Sachen es seye, dardurch alsdann die Eltern zu mercklichen Schaden an Leib oder Haab und Guth kommen seyn.

Zum sechsten, wann ein Kind sich zu Zauberen gesellt, und selbst auch Zauberey treibt.

Zum siebenden, so ein Kind sich mit Unzucht vermischt mit seinem Stieff-Vattern, oder Stieff-Muttern, die ihrer rechten Mutter, oder Vatter rechte eheleibliche Ehegemächt seyn.

Zum achten, wann die Söhn sich nicht wöllen verpflichten, noch Bürg werden für ihre Eltern, so die in unziemlichen Gefängnussen verhafft seyn, und diser Fall berührt nicht die Töchter, nachdem die Töchter nicht sollen Bürg werden.

Zum neunten, so die Kinder ihren Eltern verbietten und verwöhren, gebührlich Testament oder Geschäfft zu machen, und so die Eltern nichts desto minder nach solcher Verwöhrung, und Verhinderung, dannoch ihr Testament oder Geschäfft thun, so mögen sie dieselben Kinder diser Ursach halber in solchem ihrem Testament enterben; Und so aber die Eltern solches Verbotts und Verwöhrung halben, einig Geschäfft nicht thun kunten, sondern ohne Geschäfft abgiengen, so sollen nichts desto weniger dieselben Kinder enterbt, und desselben Theil, so ihnen worden seyn sollt, andern des abgegangenen nächsten Erben verfallen seyn, und zustehen.

Zum

Zum Zehenden, so ein Kind ohne der Eltern Willen, sich in leichtfertig Ubung und Buben-Leben begibt, als so es ein Freyharts-Bub, oder ein Gaugler wurde, oder liesse sich mit den Thieren zu kämpffen um Geld bestellen; Es wäre dann, daß der Vatter auch dergleichen Sachen gepflegt hätte.

Zum eilfften, wann die Eltern einer Tochter zu ehrlichem Heyrath helffen: Sie auch darzu mit gebührlichem Heyrath-Guth, nach Gelegenheit ihres Vermögens versehen wöllen, sie aber über solches den Heyrath ausschlüge, und sich in unehrliches Weesen und Leben begebe. Es ware dann, daß ihre Eltern, wo sie über 25. Jahr ihres Alters kommen, an ihrem Heyrathen saumig wären, und hierinn gebührenden Fleiß, sie ehelich zu verheyrathen, nicht gebraucht. In solchem Fall hat die Enterbung nicht statt. Es kan auch ein Sohn oder Tochter unzulässiger, und unehrbarer Heyrath halben, nach Bayrischen Land-Rechten, enterbt werden, wie hernach im neunten Articul viertzigisten Tituls gesetzt ist.

Zum zwölfften, wann die Eltern vom Feind gefangen würden, und ihre Kinder eines, oder mehrers nicht gebührlichen Fleiß gebrauchen, solche zu erledigen, aber die Eltern sonsten der Gefängnuß wurden wieder bemüssiget, mögen sie solche Kinder wohl enterben; Sturben aber die Gefangne in der Gefängnuß, so soll derjenigen Kinder Theil, die also wegen der Erledigung saumig und unfleissig gewesen, zu Erledigung gefangner Persohnen angewendet werden.

Zum dreyzehenden, so die Kinder über beschehene Ersuchung, den Eltern Nahrung zu geben, auch in Kranckheiten, oder da sie Sinnloß, und unvernünfftig wären, die Artzney, Pfleg, und Warth ihnen zu thun, und mitzutheilen, über beschehene Ersuchung weigern, verziehen, und saumig seyn, haben die Eltern Fug und Recht, solche undanckbare Kinder zu enterben, oder da solches wegen Kranckheit, und Beraubung der Sinnen nicht beschehen möcht, soll ihnen ihr Ehr-Gebührnuß genommen, und denjenigen, welche anstatt der ungetreuen Kinder, die Krancken und Sinn-losen unterhalten, und versorgt haben, zugetheilt werden.

Zum vierzehenden, so der Vatter ein Catholischer Christ, und die Kinder Ketzer seyn.

Summaria.

1. Wie vil Ursachen zur Enterbung seyen?
2. Ob nicht allein der *Testirer* die enterbte Kinder benennen, sondern auch die Ursach ausdrucken müsse?
3. Ob der eingesetzte Erb die Ursach des Undancks erweisen müsse, damit ihm sein *testament* nicht könne bestritten werden?
4. Was Rechtens, wann mehrere Ursachen angeführt werden, aber nur eine erwiesen wird?
5. Ob die Enterbung mit *Condition* geschehen könne?
6. Ob nicht ein Enterbungs Ursach seye, wann einer an die Eltern gewaltsame Händ angeleget hat?
7. Ob ein Sohn vom Vatter enterbt werden könne, wann er an der Rechten oder Stieff-Mutter gewaltsame Händ angelegt hat?
8. Wann ein Voller die Eltern schlagt, und übel *tractirt*, ob er von der Enterbung entschuldiget werde?
9. Ob eine den Eltern zugefügte schwere *Injuri* ein Enterbungs Ursach seye, und welche eine schwere *Injuri* genennt werde?
10. Obs ein Enterbungs Ursach seye, wann die Kinder die Eltern *criminaliter* angeklagt haben, wie mögen ein *Crimen* begangen haben, oder nicht?
11. Was Rechtens, wann sie in einer *Criminal*-Sach wider die Eltern Zeugschafft geben, oder dienen?
12. Ob nicht bey dem Laster beleydigter Majestät, oder Verrathung des Vatterlands denen Kindern erlaubt seye, die Eltern anzuklagen?
13. Wann die Kinder getrachtet ihren Eltern mit Gifft zu vergeben, oder sonsten deren Leben nachzustellen, ob sie enterbt werden können?
14. Ob die Verrathung, so denen Eltern zum mercklichen Schaden am Leib oder Güther gereicht, ein rechtmässige Enterbungs Ursach seye?
15. Wann die Kinder sich zu Zaubern gesellen, und selbst Zauberey treiben, ob sie enterbt werden können?

1. In vorhergehenden ist öffters Meldung geschehen, daß die Söhn als Erben eingesetzt, oder in der Eltern Testament enterbt werden müssen, weilen aber die Enterbung nicht bestehet, wann sie nicht aus einer rechtmässigen und in Rechten approbirten Ursach geschieht, deßwegen schreittet nun unser Articul zur Erzehlung dergleichen Ursachen, denen er 14. ansetzt. In Conformität der Novell. 115. cap. 3. und auth non licet. Cod. de præt. lib. welche wir der Ordnung nach expediren werden, wir
2. wollen aber zuvor einige Fragen durchgehen, deren die erste ist, ob genug seye, daß die Enterbungs Ursach an sich selbsten sattsam bekannt seye, zum Exempel, wann der Vatter im Testament sagt, ich enterbe meinen Sohn aus Ursach, welche offentlich bekannt ist? Und unser Articul antwortet, mit Nein, dann zu deme, daß die Enterbung gelte, muß solche aus einer rechtmässigen, und von dem Testirer ausdrucklich benennten Ursach geschehen, daß solche Enterbung, und Ursachen derselben im Testament mit klaren Worten bestimmet, und ausgedruckt werden. Obwohlen aber das Wort nahmentlich vilmehr auf die enterbte Persohn gezogen wird, als auf die Ursach der Enterbung, also daß der Testirer den Vor- und Zu-Nahmen beysetzen muß L. 1. ff. de lib. & posthum. oder ein solche Beschreibung machen muß, damit die enterbte Persohn klar verstanden werden kan. L. etsi 3. in princ. ff. h. t. So wird doch, daß auch die Enterbungs-Ursach nahmentlich ausgedruckt werden müsse, Sonnen klar verordnet in Novell. 115. cap. 3. ab initio. Wo zu lesen: Wann nicht villeicht die Kinder als undanckbar erwiesen werden, und die Eltern die Ursachen nahmentlich in ihren Testament ausgedruckt haben: Also daß die Glossa ibidem sub litt. E. also redet: Entweders hat der Vatter ein Testament gemacht oder nicht: Wann er keins gemacht hat, so erbt der Sohn ab intestato: Wann aber er eines gemacht, hat er die Ursach der Enterbung einverleibt, oder nicht: Hat er solche ausgelassen, so gilt das Testament von Rechts wegen nicht. Hat er sie einverleibt, kan solche der Erb erweisen oder nicht: Wovon wir kurtz hernach mehrers handlen werden. Hier ist uns genug die Zeugschafft der Glossæ, daß die zu Enterbung der Kinder nöthige Ursach mit Nahmen und

und sonderheitlich bey Straff der Nullität müsse exprimirt werden. Unter anderen unterschieden, was die Kinder betrifft, ist zwar vor Altem auch diser gewesen, daß die Kinder von Weiblichen Geschlecht, und die von solchen Geschlecht abstammende Enckle unter anderen enterbt werden können. §. 1. Inst. de exhæred. lib. L. maximum 4. Cod. de lib. præt. Zum Exempel, wann der Testirer gesagt hat, der Titius mein Sohn soll mein Erb seyn, auch der Sempronius mein Sohn soll mein Erb seyn, die übrige aber alle enterbt bleiben, alsdann wurden die Töchtern, und die aus ihnen verhandene und unter dem Wort übrige begriffne Enckeln für enterbt gehalten. Heut zu Tag aber hat diß nicht mehr Platz; und müssen alle Kinder, Weiblich-oder Männlichen Geschlechts, ersten oder weiteren Grads mit Nahmen enterbt, und die rechtmässige Enterbungs Ursach auch nahmentlich und sonderheitlich ausgedruckt werden. §. sed hoc quidem 5. Inst. de exhæred. lib. L. maximum 4. Cod. de lib. præt. Es mögen schon gebohren seyn, oder erst gebohren werden. L. 3. in princ. ff. de injust. &c. & dict. L. 4. in fin. Cod. de lib. præt. Sowohl vom Vatter als von der Mutter, und übrigen Vor-Eltern von Seiten der Mütterlichen Lini. Und deßwegen redet der Articul nur in genere von denen Kindern, und von denen Eltern, unter welchen Worten alle Kinder und Eltern, ohne Unterschied des Geschlechts begriffen werden. Manz ad dict. §. 5. Inst. de exhæred. lib. & de testam. tit. 10. quæst. 2. n. 13. & tit. 8. quæst. 8. ampl. 3.

3. Die andere Frag ist, weilen auch die Enterbung wegen rechtmässiger Ursach nicht bestehet, sondern besagter massen per Querelam inofficiosi testam. umgestossen werden kan, wann sie nicht erwiesen ist, wer also die Prob machen müsse? Und unser Art. antwortet, daß nach Abgang der Eltern solche bestimmte Ursachen, durch den eingesetzten Erben, auf die enterbte Kinder, wie recht ist, müssen erwiesen werden. Dann obwohlen vor Altem der enterbte Sohn hat erweisen müssen, daß die Ursach falsch seye, und daß er nicht undanckbar gewesen, sondern seine Schuldigkeit denen Eltern allzeit erwiesen habe, wie es die Natur erforderte, L. liberi 28. Cod. de inoff. test. und das Gesatz eine solche Confidenz gegen den Vatter tragte, daß er præsummirt wurde, daß er den Sohn ohne Ursach nicht enterbt habe, so muß doch heut zu Tag die Ursach wahr zu seyn vom Erben erwiesen werden: Wie die Wort unsers Articuls klar seynd, und über eins stimmen mit der Novell. 115. cap. 3. §. sive igitur circa fin. Wesenbec. in parat. n. 5. ff. de lib. & posthum. Perez ad tit. Cod. de lib. præt. n. 12. Aus Ursach, weilen in Zweiffel kein Verbrechen præsummirt wird, dergleichen die Undanckbarkeit der Kinder ist. Es werden also alle Kinder præsummirt, daß sie sich wohl verhalten haben, wann nicht das Widerspiel erwiesen wird. Oldendorp. class. 5. art. 2. quæst. 12. n. 1. Und dahero, weil die Prob der Undanckbarkeit schwer ist, lehren die DD. dise Cautel, daß der Vatter in Lebs-Zeiten die Zeugen zur ewigen Gedächtnuß soll verhören lassen, worzu der Enterbte zu citiren ist, damit nach dem Tod die Enterbungs Ursach rechtmässig vor Augen liege, und das Testament per Querelam inoff. nicht bestritten werden kan. Vivius litt. F. vers. filius circa fin.

Was ist aber Rechtens, wann 3. mehrere Enterbungs Ursachen im Testament entworffen, aber nur eine erwiesen worden? Und wir antworten, das seye genug, weilen was überflüssig ist, das andere nicht umstoßt, was genug ist, es ist aber an sich selbst ohne allen Zweifel, daß, wann der Testirer nur ein Ursach angeführt hätte, und dise vom Erben wäre erwiesen worden, das Testament giltig seye, wann nur solche Ursach erwiesen wird, dict. Novell. 115. cap. 3. vers. sive igitur. 4.

Viertens wird gefragt, ob die Enterbung unter einer Condition geschehen könne? Und wir antworten, daß die Enterbung regulmässig pur, und ohne alle Condition geschehen müsse. L. 3. §. 1. ff. de lib. & posthum. Hierinnfalls doch ist ein Unterschied inter conditionem casualem, & potestativam. In casuali Conditione ist die Enterbung gantz nichtig, weil der Testirer den Erfolg dem Glück überlaßt, welches nicht geschehen soll, weilen die Gesatz an ihm einen standhafften Willen erfordern, welcher fürwahr standhafft nicht ist, wann er auf ungewissen Erfolg beruhet, ein anderes ist in conditione potestativa, welche auf den Sohn abzihlet, wann zum Exempel der Testirer sagt, ich setze meinen Sohn zum Erben ein, wann er wird Erb seyn wollen, dann, gleichwie er die Erbschafft frey anlassen und verachten kan, also auch kan er die Condition, welche in seinen Willen stehet, verwerffen: Wann aber der Testirer die Enterbung sub tali conditione potestativa macht, welche den Erben beschwärt, zum Exempel mein Sohn soll Erb seyn, 5.

 wann

wann er diß oder jenes nicht wird gethan haben, dise oder jene zur Ehe wird genommen haben, dise oder jene Wahlfahrt verrichtet haben, so ist die Enterbung unnutzlich. dict. L. 3. §. 1. ff. de lib. & posthum. Worüber weiters zu lesen ist Manz. de test. tit. 10. quæst. 3. n. 10. & quæst. 3. per tot. Noch vilmehr aber ist die Conditio potestativa unnutzlich, welche auf des dritten Gewalt gesetzt ist.

6. Unser Art. aber erzehlt 14. Ursachen, wegen welchen die Eltern die Kinder mit Recht enterben können, in Conformität der Novell. 115. cap. 3. Die erste ist, wann einer an die Eltern gewaltthätige Händ angelegt hat, mit Schlagen, Stossen, Werffen &c. oder dergleichen. Dann solches Verbrechen ist sehr schwer, weil es wider die Natur streittet, und wider die von denen Kindern gegen die Eltern schuldige Ehrenbiettigkeit lauffet, und deßwegen wird in der heiligen Schrifft Exodi cap. 21. gebotten, wer seinen Vatter oder Mutter wird geschlagen haben, diser sterben solle. Aus dem Wort anlegen wird abgenommen, daß die Aufhebung der Hand zum schlagen, oder das Unterfangen oder Anmassen nicht genug seye, sondern das würcklich vollbrachte Schlagen erfordert werde, Harp. ad §. fin. n. 19. Inst. de exhæred. lib. Welches bey jenen Verbrechen regulmässig ist, bey welchen das äusserliche Factum nothwendig erfordert wird. Hernach, wann ein für das Vatterland streittender Sohn den für den Feind streittenden Vatter verwundet hat, oder in Lebens-Gefahr cum moderamine inculpatæ tutelæ am Vatter, der ihne unrecht verfolgt, zu seiner erlaubten Defension gewaltsame Händ angelegt hat, der verwürckt dise Straff nicht, Covar. ad c. Reynut. ib. X. de test. n. 13. Aus Ursach, weilen, was einer zu Beschützung des Vatterlands und seines Leibs thut, gesagt wird, solches mit Recht gethan zu haben. L. ut vim. 3. ff. de J. & J. & L. minimè ff. de religiôs. & sumpt. fun.

7. Ob aber ein Sohn vom Vatter wegen gewaltthätiger Hand-Anlegung, an der Rechten, oder Stieff-Mutter enterbt werden könne, stehen die DD. an. Wir vermeynen wahrer zu seyn, wann man mit Nein antwortet, weilen die Pœnalia nicht zu extendiren seynd, wie wir zu End dises Art. eine Frag setzen, ob dise 14. Ursachen aus gleicher Ursach, oder von Persohn auf Persohn extendirt, oder auch die Enterbung wegen schwereren Ursachen geschehen könne? In den alten Bayrischen Statuten Tit. 49. Art. 5. §. zu dem ersten ist ein fremdes Wort enthalten in den Worten: So die Kinder gedürstig Hand anlegen. Welches von denen neuen Auslegeren der Statuten verändert, und anstatt des Worts gedürstig gesetzt worden mit Ernst, als hätten gleichsam dise gelehrtiste Männer darfür gehalten, daß das nicht aus bösen und verkehrten Willen, sondern aus Schertz und Vexation beschehne Schlagen die Straff der Enterbung nicht verdiene. Aber eben dises ist nachgehends vom Durchleuchtigisten Gesatz-Geber ausgelöscht worden, weil sich nicht geziemt, daß die Kinder mit den Eltern schertzen, und aus Schertz selbe schlagen sollen, absonderlich wann sie erwachsen und über 14. Jahr alt seynd.

Wann man fragt, was das alte Wort gedürstig anzeige, so bekennen wir frey, daß wir es nicht wissen anzulegen, dann es scheint das Wort gedürstig eine Rach, und also ein vorsetzliches Gemüth anzeige, oder wann man das Wort gedürstig in eigentlicheren Verstand nemmen will, so kan solches von einem durstigen, versoffnen, vollen Menschen verstanden werden, weil niemand von einem Niechtern præsummiren kan, daß einer, wann er nicht dumm und von Sinnen ist, wider alle natürliche Ehrenbiettigkeit an die Eltern gewaltsame Händ anlegen werde, also daß man das Wort gedürstig von einem versoffnen, rauschigen Menschen verstehen kan, von welchem recht gesagt wird: Je mehr man saufft, je mehr der Durst kommt. In einigen Orten ist der Brauch, daß die Trunckenheit, ein denen Teutschen gemeinsames aber schändliches Laster, von der Straff der begangnen Missethaten niemand entschuldige, ja vilmehr dem Schuldigen die Straff verdopple, absonderlich wann die Straff in Geld bestehet. Ich thäte nun solch Rauschigen zu schlagen vilmehr an ein solche Gewohnheit verweisen, als ihne von der Enterbungs-Straff entschuldigen. 8.

Die andere Enterbungs Ursach ist, wann einer denen Eltern ein schwere und schändliche Injuri anthut dict. Novell. 115. cap. 3. Dann eine schwere Injuri wird Schlagen gleich gehalten, absonderlich die dem Vatter zugefügte Schläg, deme dem Göttlichen und Menschlichen Gesatz nach alle höchste Ehr und Reverenz gebührt, Clarus §. testamentum quæst. 41. n. 3. Grass. §. testamentum quæst. 42. n. 8. Cassan. in consult. Burgund. rub. 7. §. 2. Gloss. 7. n. 3. Welche aber ein schwere oder leichte Injuri seye, kan gesehen werden, bey Menoch. de arb. Jud. cas. 243. nach Lehr des Cassan. loc. cit. muß solche nach Lands-Gewohnheit abgemässen werden. Aber nach Lehr des 9.

Harp.

Harp. loc. cit. n. 23. in fin. nicht nach Respect der injurirten Persohn; Dann sonsten in der Materi der denen Eltern zugefügten Injurien kein Parität Platz hätte, weilen die Reverenz der Persohnen solche ausschließt. L. prætor 7. §. atrocem. 8. ff. de injur. Es seynd also die Wort der Novellæ schwer und schändliche Injuri ohne Respect gegen die Eltern zu nemmen und zu verstehen.

10. Die dritte Enterbungs Ursach ist, wann die Kinder die Eltern criminaliter angeklagt haben, sie mögen etwas oder nichts begangen haben. Covarn. ad cap. Raynutius n. 15. Wann nur das Verbrechen so beschaffen ist, welches die Tods Straff, Verlurst eines Glieds, oder eine Leibs-Straff nach sich ziehet. Die Leib und Leben berühren, deme ja auch die Deportations-und die ewige Elend-Straff zugezehlt werden kan, §. 1. Inst. quib. mod. patr. pot. solv. oder auch die Pœna infamiæ, weilen das Leben und die Ehr gleich gehalten werden. L. justa causa 9. ff. de manumiss. vind. Und eben dises, was wir von der Anklag gesagt haben, das hat auch nach Lehr einiger Platz, wann die Kinder wider die Eltern in einer Criminal-Sach Zeugschafft gegeben haben, dann weilen die Kinder zur Zeugschafft wider ihre Eltern nicht verbunden seynd, L. nimis grave 6. Cod. de testib. wann sie diß freywillig thun, eben eins ist, als thäten sie die Eltern anklagen, weil eins ist anklagen, und über den anderen Zeugschafft geben. L. qui cùm 14. §. 5.

11. ff. de bon. libert. Um so mehr also kan der Sohn enterbt werden, wann er wider den Vatter in Criminal-Sachen als Advocat gedient hat, oder als Richter aus Unerfahrenheit einen ungerechten Spruch gethan hat. Covar. loc. cit. n. 15. Und obwohlen Harp. loc. cit. n. 25. diß nicht zulaßt, weilen doch die DD. eben dise beyde Ursachen nemlich die Zeugschafft, und das Advociren für sattsam zu Würckung der Feloni in Lehen-Sachen erkennen, Gottofred. ad C. unic. §. 2. litt. S. quæ fuit prima caus. benef. amitt. in usib. feud. und kein kleinere Undanckbarkeit ist, welche von denen Kindern an der Persohn der Eltern begangen wird, als welche der Vasall am Lehen-Herrn begehet, so vermeynen wir, nicht zu fehlen, wann einer seinen Sohn wegen solcher Undanckbarkeit enterbt.

12. Doch nimmt unser Articul aus das Crimen læsæ Majestatis, welches von denen Eltern wider den Kayser oder Römischen König, oder wider den höchsten Lands-Fürsten (von welchen wir oben schon geredt haben) begangen wird, und das Laster der Verrätherey, welches wider das gemeine Weesen, und des Vatterlands gemeinen Stand verübt wird. Dann bey solchen ist das Anklagen wegen Grausamkeit des Lasters jedem frey, denen Kindern wider die Eltern, und denen Eltern wider die Kinder, also um so mehr wird erlaubt seyn, Zeugschafft zu geben, und zu advociren. Unser Articul setzt noch zwey Crimina bey Ketzerey und Zauberey, weil solch beydes Laster einschlagt in die Beleydigung Göttlicher Majestät, welches ja nicht geringer zu bestraffen ist, als das Laster beleydigt Weltlicher Majestät. Lese doch auch die 6. und letzte Ursach.

Bißhero haben wir allzeit von denen Kindern, welche ihre Eltern criminaliter anklagen, geredt. Aus welchem folget, daß denen Kindern erlaubt seye, Civil-Klagen wider die Eltern einzuwenden, zumahlen jener, welcher der sein Recht mit erlaubten Klagen sucht, niemand eine Injuri zufügt, L. injuriarum 13. §. 1. ff. de injur. L. nullus 55. & L. factum 155. §. 1. ff. de R. J. Es hindert auch nichts, wann sich der Vatter beklagt, daß wider ihne unrecht gesprochen worden, weil solches nicht den Sohn, sondern den Richter angehet. L. 20. §. 3. ff. de edend.

Die vierte Enterbungs Ursach ist, 13.
wann die Kinder dem Leben ihrer Eltern mit Gifft oder sonsten auf andere Weiß nachzustellen sich angemaßt haben. Wo das Wort anmassen zu mercken ist, welche in sich enthaltet dict. Novell. 115. cap. 3. und das Wort unterstunde, welches in unsern Art. begriffen ist vers. Zum vierten. Aus welchem folgt, daß in disem Laster allein das Anmassen genug seye, wann schon die Würckung oder Erfüllung nicht erfolgt ist. Dann es ist ein abscheuliches Laster, daß die Kinder sich unterstehen sollen jenen das Leben zu benemmen, wovon sie das Leben empfangen haben, und dahero thut der Text in L. pompeja de paricidiis. & L. cornelia de sicariis. an denen Kindern allein das Anmassen bestraffen, wann nur solches Anmassen auf einen Act ankommen ist, wann schon die That und Würckung nicht erfolgt ist, villeicht, weilen der Gewalt des Giffts entweders ausstrecke der Natur, oder wegen gebrauchten Mittel hintertrieben, oder des Vergebers Absehen entdeckt worden. Hernach, wann in disem Laster die That selbsten erfordert wurde, so wäre die Enterbung schon umsonst, weilen ja nach der Eltern Tod solche nicht mehr geschehen kan. Es vermeynt doch Covar. loc. cit. n. 17. daß, wann ein Sohn, ehe er mit dem Gifft erdappt wird, Buß thut, und abstehet, solcher Verzeyhungs würdig seye, und die Enterbung nicht mehr Platz habe.

Die

14. Die 5. Enterbungs Ursach ist, wann die Kinder ihre Eltern gefährlich verrathen, oder verschwätzen, es mag dises aus einer Ursach geschehen, wie sie seyn wolle, wann nur solche zu der Eltern mercklichen Schaden am Leib oder Güthern gereicht, oder wie die Novell. 115. redet: Wann der Sohn die Eltern verrathen hat, und sie dadurch grossen Schaden erlitten haben. Dann es ist wider die Natur, daß die Kinder, welche die Eltern beschützen müssen, selbe verrätherischer Weiß in grossen Schaden am Leib oder Güthern einführen sollen. Hier aber ist zu mercken, obwohlen die Novell. 115. vom Sohn allein redet, daß jedoch unser Art. in genere von denen Kindern rede, welche denen Eltern verrätherischer Weiß grossen Schaden zufügen, welches das Weibliche als geschwätziges, unbedachtsames und verrätherische Geschlecht öffters als das Männliche zu begehen pflegt. Hernach ist nicht ein jedwedere Beschädigung zur Enterbung erklecklich, sondern wie der Art. sagt ein merckliche, das ist, ein gefährliche, boßhaffte und verrätherische Beschädigung: Welche Umständ der Ermässigung des Richters überlassen werden, weil die Beschaffenheit boßhaffter Verrätherey im Gemüth, und die Schwäre in Unterschied der Umständen bestehet, also daß dißfalls nichts gewisses statuirt, oder erkennt werden kan, sondern alle Durchsuchung von der Bescheidenheit des Richters abhanget.

Man wird sagen, daß dise Enterbungs Ursach mit der dritten über eins komme; Dann was ist anderst gefährlich verrathen, oder angeben, als Gerichtlich oder peynlich anklagen? Wir aber antworten, daß unter beyden ein Unterschied seye: Dann bey der 3. Ursach wird gehandlet vom Gerichtlichen Anklagungs-Act, bey der 5. Ursach aber von dem Verrathungs oder ausser Gerichtlich gefährlichen verrätherischen Angebungs-Act, welches alles ja besondere Sachen seynd. Item bey der dritten Ursach haben wir von der peynlichen Anklag gehandlet, hier aber handlen wir von gefährlicher und boßhaffter Verrathung, auch in Burgerlichen Sachen, woraus denen Eltern ein grosser Schaden am Leib oder Güther entstehen kan.

15. Die 6. Enterbungs Ursach ist, wann sich die Kinder zu Zaubern gesellen, und selbst auch Zauberey treiben, oder wie die Novell. 115. redet, wann sie mit Zaubern selbsten auch als Zauberer umgehen, also daß zu diser Enterbungs Ursach zwey Stuck erfordert werden, das ist, die Gesellschafft, und Umgang mit dergleichen bösen und verkehrten Leuthen, und hernach die Ubung der Ketzerey an Seiten des zu enterben stehenden Kinds. Dann es kan leicht geschehen, daß einer in solch verruechte Gesellschafft verfalle, mit ihr aber keine Gemeinschafft pflegt, oder sich auf die Zauberey verlegt, in welchem Fall einer vil ehender zur Buß zu bereden, als zu enterben ist. Von disem Casu haben wir schon gehandlet bey dem Versicul zum dritten, wo wir gesagt haben, daß die Formal-Zauberey ein Laster belendigt Göttlicher Majestät seye, also daß diser unser Versicul zum sechsten vilmehr von jenen handlet, welche durch böse Gesellschafft verführt Zauberey zu treiben anfangen, als welche solche völlig treiben.

Die 7. Enterbungs Ursach ist, wann ein Sohn der Stieff-Mutter, oder seines Vatters Beyschlafferin vermischt hat. 16.
Hier seynd zwey Stuck in unsern Art. zu betrachten, erstlich, daß die Novell. 115. allein vom Sohn, der mit seiner Stieff-Mutter Unzucht treibt, rede, unser Art. aber auch reden von einer Tochter, die mit dem Stieff-Vatter liederliches Leben verübt, obwohlen unser altes Land-Recht bey denen blossen Worten der Novell. 115. verblieben: Und diß gantz löblich, weilen eben ein Laster ist, wann die Tochter dem Stieff-Vatter unehrlich beyhaltet, als wann der Sohn die Stieff-Mutter beschlafft; Das andere ist, daß die Novell. 115. die Sünd gleich halte, da der Sohn sich mit der Stieff-Mutter oder mit des Vatters Beyschlafferin vermischet, unser Art. aber sagt von der Beyschlafferin und Vermischung mit selber nichts; Dessen ist die Ursach, weilen im Christlichen Gesatz der Beyschlaff verbotten ist, und für unehrlich gehalten wird, daß des Vatters Beyschlafferin mit der Enterbungs-Straff solle beschützt werden, also daß sie vilmehr wegen solchen lasterhafften Beyschlaffs eine gemässene Bestraffung, als eine Freyheit bedienet. Wir vermeynen dahero, daß, weilen unser Art. von der Beyschlafferin nichts sagt, dise Enterbungs-Ursach nach unsern Land-Recht aufgehoben worden, und dißfalls unter unsern Statuten und dem gemeinen Recht ein Unterschied seye. Wann aber einer behaupten will, daß auch heut noch die Enterbung Platz habe, wann der Sohn sich mit des Vatters Beyschlafferin vermischt hat, weil sehr ungeziemlich und injurios anscheint, daß der Sohn mit jener Persohn sich fleischlich versündigen solle, welche er weißt, daß des Vatters Beyschlafferin seye, der muß mit Covar. loc. cit. n. 18. den Verstand der Novellæ nicht von einem solchen Weib ver-

verstehen, welche der Vatter sonst geschwengert hat, sonder von einer wahren Beyschläfferin, welche Krafft der Auth. licèt Cod. de nat. lib. vom Vatter zu Hauß anstatt eines Eheweibs beständig gehalten wird. Hernach haben wir gered von einem Sohn, welcher wissentlich mit der Stieff-Mutter oder des Vatters Beyschläfferin sich vermischt, dann, obwohlen in jenen Sachen die Wissenschafft nicht erfordert wird, welche an sich selbsten böß und unerlaubt seynd zur Entschuldigung von der Straff, so ist doch diß allein zu verstehen von einer vollkommenen Entschuldigung von der Straff, dann, daß nicht die Unwissenheit wenigist in so weit entschuldige, in wie weit jene Beschaffenheit und Qualität, welche dem Verbrecher unbekannt gewesen, die Laster schwehrer mache, ist niemand, der zweifflet. Cas. si verò 4. X. de sent. excomm. Covarn. ibidem. loc. cit. n. 18.

17. Die 8. Enterbugs Ursach ist, wann sich die Kinder nicht verobligiren, oder Bürgen für ihre Elteren stellen wollen, wann sie gefangen ligen, und diß hat Platz, es mögen die Eltern wegen Schulden, oder einer andern doch solchen Ursach inligen, welche durch Bürgschafft aufgehoben, und die Eltern aus der Gefängnuß befreyen kan, dann wann die Eltern wegen eines Verbrechens eingelegt worden, wegen welchen kein Bürgschafft angenommen wird, so ist der Sohn nicht schuldig Bürgerschafft zu leisten. Andertens redet unser Art. sonderheitlich allein von Söhnen, und also allein von Manns-Persohnen, und nicht von denen Töchtern, oder Weibs-Persohnen. Der Art. setzt die Ursach bey, weilen die Töchtern nicht Bürgschafft leisten können, weil sie durch das S. C. Vellejannm. L. 1. & 2. ff. S. C. Vellejan. verhindert werden. Drittens obwohlen unser Art. sich allein des Worts der Söhn bedienet, so redet doch die Novell 115. von Kindern, unter welchem Wort auch die Enckle begriffen seynd: Also daß kein
18. Zweiffel ist, daß auch die Enckle Bürgschafft leisten müssen. Doch setzt bemelte Novella bey, daß 4. diß zu verstehen seye von denen Kindern, welche zur Erbschafft der Gefangenen Hoffnung haben, aus welchem folgt, daß, wann ein Gefangener einen Sohn, und aus selben ein Mannliches Enckle hat, das Enckle Bürgerschafft zu leisten nicht schuldig seye, weilen es bey Lebs-Zeiten des Vatters den Anherrn ab intestato zu erben kein Hoffnung hat. Wann aber ein solcher Anherr einen Sohn, und aus einem andern schon verstorbnen Sohn ein Mannliches Enckle hat, so ist auch dises mit seines Vatters Brudern zur Bürgschafft Leistung verbunden. Aus Ursach, weilen nach heutigen Recht die Enckle Jure repræsentationis den Anherrn ab intestato in Stirpes erben, also auch Bürgschafft leisten müssen, ohneracht selbe von Mannlich oder Weiblichen Lini abstammen. Es muß aber 5. von denen innhafftirten Elteren die Bürgschafft begehrt werden, weil die verlangte und abgeschlagne Hülff erst eine solche Undanckbarkeit auswirfft, welche die Enterbung verdient. Es ist zwar in unsern Art. von solcher Begehrung nichts verordnet, weilen jedoch dict. Novell. 115. ausdrucklich die Wort braucht, wann die Ersuchte die Bürgschafft abgeschlagen haben, so vermeynen wir, daß diß auch unsern Statuten ähnlich seye, dann wie kan der Sohn beschuldet werden, er habe die Bürgschafft abgeschlagen, wann er zu Leistung derselben nicht ersucht worden. 6. Hat die Enterbung nicht Platz, wann der Sohn von darumen die Bürgschafft abschlagt, weil er zur Bürgschafft untauglich ist, weil es solche Mittel nicht hat, so hierzu erklecklich wären, dann zum Unmöglichen niemand gehalten ist, und ist eine leere Bürgschafft, welche die Armuth dessen, so Bürg ist, ausschließt. dict. Novell. 115. Es muß sich also der Sohn in so weit verobligiren, in so weit er tauglich ist. 7. Setzt der Art. bey, wann die Eltern in unzimlichen Gefängnussen verhafft seyn. Aus welchem anscheint, es könne der Schluß gemacht werden, daß die Enterbung nicht Platz habe, wann die Eltern wegen rechtmässiger Ursach eingelegt worden, dann das Wort unzimlich scheint an, es zeige seiner Natur nach ein ungerechte Einlegung an. Wir aber vermeynen, daß dises Wort nicht von der ungerechten Einlegungs Ursach, sonder von der Einlegung selbsten zu verstehen seye, als habe der Art gleichsam sagen wollen, wann die Eltern in einen Kercker eingelegt worden, welcher ihnen unzimlich und unanständig ist, daß also darfür gehalten wird, daß der Sohn, so die Bürgschafft nicht præstirt, die Vätterliche Ehe vernachlässige, im welchem die Unzimlichkeit bestehet, und nicht in der Ursach der Justiz. Dann alle Rechts-Gelehrte seynd über dise Novell einig, daß die Enterbung Platz hab, wann ein Vatter Geld Schulden halber eingelegt, und vom Sohn durch Bürgschafft nicht erlediget worden. Wann nun der Sohn aus diser Ursach in die Enterbung verfallt, da er die Bürgschafft abschlagt, so sagen wir gantz recht, daß das Wort unzimlich auf die Einlegungs Ursach

Ursach nicht verstanden werden könne, weil aller Orten die Schuldner in die Schuld-Thürn gelegt werden, sonder von der eingelegten Persohn, also daß gesagt werden kan, unzimlich zu seyn, daß der Sohn die Eltern in Qual des Kerckers verlassen soll, wann er selbe durch Bürgschafft erledigen kan.

19. Die 9. Enterbungs-Ursach ist, wann die Kinder die Eltern verhinderen Testament oder andere letzte Willen zu machen, die Elteren aber solche nichts desto weniger gemacht, und deßwegen die Kinder enterbt haben, dise Enterbung ist giltig. Ja wann die Eltern also verhindert worden, daß sie die Erklärung ihres letzten Willens unterlassen müssen, und also ohne Testament oder letzten Willen gestorben seynd, doch die Kinder für enterbt gehalten werden müssen, und der Antheil, welcher denen Verhinderenden ab intestato zu gefallen wäre, denen übrigen gleichen, oder nähere Erben zukommet. Diser Absatz ist schier von Wort zu Wort aus den alten Land-Rechten genommen, und seynd nur wenige Wort besseren Verstands willen beygesetz worden. In der Substanz kommt er übereins mit der Novella 115. cap. 3. §. 9.

20. bey dessen Auslegung der 1. Zweiffel seyn kan, wie die Kinder ihre Eltern, damit sie nicht testiren, verhinderen können? Und wir antworten, daß hier nicht vom Gewalt und Forcht gehandlet werde, weil diß gar zu greylich wäre, sonder allein von Verbiettung, und Hindernuß, so ohne Zwang durch allerhand Hinterlistungen zugefügt wird. Zum Exempel wann sie denen Zeugen den Zutritt verschlossen, die Sigil verduscht, und den Notarium bestochen, oder dergleichen etwas gethan haben, wodurch das Testamant Machen verhindert worden. Dann dise ohne Gewalt und Forcht zugefügte und dem Testament machen entgegen gesetzte Hindernuß zieht eine solche Undanckbarkeit nach sich, daß die Kinder, welche solches thun, enterbt werden können, dann weilen einem jeden der freye Will zu testiren zustehet, so thun die Kinder unrecht, wann sie solchen denen Eltern auf einigerley Weiß entziehen. Es gezimt sich jedoch 2. daß Krafft der Novell. 115. einer wegen solchen Verbott und Hindernuß überwiesen seye, welche Prob ja jenen obliget, welche nach solcher Enterbung die Erbschafft bekommeten. Dann 3. hat die Enterbung aus Verordnung unsers Art. und der Novell. 115. nicht allein Platz, wann solche von denen Eltern gemacht worden, sonder auch, wann solche nicht hat geschehen können, wegen der Kinder Hinterlistungen. Dahero in dem letzten Fall denen ab intestato kommenden Erben obliget, wegen des Verbotts und Hindernuß klare Prob zu machen, weil von einem Gebrechen gehandlet wird, und zwar in einer Sach von grosser Wichtigkeit, das ist einer gantzen Erbschafft, welche so leichter Dingen auf blossen Muthmassungen nicht beruhen kan. 4. Ist entweders solche Verhindernuß von allen Kindern insgemein und zugleich, oder nur von einem derselben absonderlich geschehen? In ersten Fall, fallt die Erbschafft denen am Grad weiteren zu, in dem andern Fall fallt solche denen andern Kindern zu, welche die Enterbung nicht verschuldet haben aus welchem 5. folget, daß gleichwie ein rechtmässig enterbter Sohn dem Denckle keinen Platz raumet, daß er vom Anherrn eingesetzt werden müsse, wann nicht villeicht der undanckbare Sohn vor dem Anherrn gestorben ist, und also das unschuldige Denckle bey der Erbschafft des Anherrn seines Vatters Platz erreicht hat, also werden auch die Denckle der Söhnen, die Eltern nicht haben testiren lassen, zur Erbschafft nicht zugelassen, sonder die Seithen Erben, weilen sonsten die undanckbare Kinder per obliquum jenes erhalteten, was ihnen directè abgeschlagen wird. Was ist aber Rechtens wann 6. einige erweisen können, daß jener, so zu testiren verhindert worden, ihm hat ein Legat oder Fidei-Commiss vermachen wollen? Die Novell. 115. überschiebt dises auf andere hierüber gesetzte Gesatz, weßwegen die Text in L. 1. in princ. ff. si quis aliq. test. prohib. & L. 2. Cod. eodem. weil dises zu gegenwärthigen Art. nicht gehörig ist.

Die 10. Enterbungs Ursach ist, wann 21. eines aus denen Kindern ohne der Eltern Willen sich in leichfertig Ubung, und Buben Leben begibt, welches Novella 115. also auslegt, wann ein Kind sich zu offnen Fechtern oder Schmarotzern gesellt, oder wie unsere teutsche Wort in alten Bayrischen Statuten lauthen: Wann der Sohn ein Katzen-Ritter wäre, oder deßgleichen sich unterstanden hätte, mit andern Thieren zu beissen, und zu fechten, oder wie der Text hat der neuen Land-Recht: So ein Kind ohne der Eltern Willen sich in leichtfertig Ubung, und Buben Leben begäbe, als so es ein Frey-Harts-Bueb, oder ein Gauckler würde, oder liesse sich mit den Thieren zu kämpfen um Geld bestellen. All dise Wort schlagen schier in eines ein; Dann die Arenarii oder Sand-Streitter wurden in L. hæ demum ff. de ap. libert. & L. hoc carmen §. si ea ff. de testib. ge-

genennt jene, welche auf den Platz um zu streitten austretten, und allda offentlich streitten, heut bey uns Teutschen werden sie die Feder-Fechter und Marx-Brüder genennt, welche mit allerhand Waffen untereinander Streitten, und sich einander biß auf das Blut um das Geld der Zusehern schlagen.

22 Man wird sagen, daß unsere jetzige Feder-Fechter und Marx-Brüder mit denen alten Sand-Fechtern nicht können verglichen werden, weil sie ehrliche Leuth seynd, und bey allen Handwerckern passirt werden, und in fürnehmsten Reichs-Städten in solchen Ehren stehen, daß ihnen gewisse Commissarien vom offentlichen Magistrat gestellt, und ihnen offentliche Fecht-Schulen gestattet werden. Und wir antworten, daß auch die alte Sand-Streitter, wann sie nicht mit Thieren streiteten, für ehrliche Leuth gehalten worden, wenigist was die Infamia juris betrifft, weilen jedoch ihr Leben und Gewinn, welchen sie mit Schlägen, Stössen, und Wunden erwerben, für ein solches gehalten wurde, daß der Ehr der Eltern ein Maul zuwachsete, so erachteten die alte Gesatz-Geber billig zu seyn, daß die Eltern dise Injuri mit der Enterbungs-Straff rächen können, gleichwie auch in unsern Statuten die Gauckler, Sail-Tantzer und dergleichen Leuth der Eltern Enterbung unterworffen seynd, wann sie schon für ehrlich gehalten werden, seynd also unsere Feder-Fechter und Marx-Brüder nicht besser als dise. Vor Altem stritten auch die Sand-Kämpfer mit dene Thieren, Gewins halber, und deßwegen wurden sie Vieh-Kämpfer genennt, L. 1. ff. de ædilit. edict. und solche als infame Leuth könten nicht advociren, L. 1. §. bestias ff. de postul. auch keinen Zeugen abgeben, ausser unter Tortur. L. ob carmen 21. §. 2. ff. de testibus. Die Mimi seynd Gespäß-Macher, welche sich bey denen Mahlzeiten zu schlagen, und allerhand Bossen reissen Tras der Versen

Musca, Canes, Mimi, sunt ad convivia primi,
Non invitati veniunt, prandere parati.

Einige aus ihnen auch machen bey denen Tafflen wunderliche Gaucklereyen, nachaffen die Reden, Thaten und Sitten der Leuthen, und deren Natur, mit aller Frechheit und Leichtfertigkeit, und dise werden ertz Teller-Schlecker genennt, diß ist die schlechtiste Gattung der Leuth, daß billig wegen ihren schlechten Lebens-Wandel sie von ihren Eltern enterbt werden können. Von welchen ein mehrers zu lesen ist Lexico Schardii bey dem Wort Mimi und Achimimi. Einige führen auch mit sich wilde Thier zum Exempel Löwen, Affen, Bähren, wie die Böhmen und Pohlen, womit wann sie Schaden zufiegen, sie um 200. Ducaten bestrafft werden. Wie ein Text ist in L. qui vulgò ff. de ædilit. edict. Freyharts-Buben nennt solche unser Art. welchen man gantz recht zuzehlet, die umlauffende: gartende, Herrn-lose Knecht, und Land-Lauffer, die man Haanen-Reutter, und Frey-Reutter nennet; Auch die Zigeiner, welche in der That nichts anderes seynd als ein Rott Dieb, und schädlichiste Gesellschafft faulentzender und bedrügerischer Leuthen, welchen sich beygesellen die Wahrsager, Sail-Tantzer, und dergleichen Leuth, welche nicht allein des Haß der Eltern, sonder auch des gemeinen Wesens würdich seynd.

Den eintzigen Ausnahm macht der Art. in Conformitæ der Novell. 115. cap. 3. §. 10. wann nicht villeicht auch die Eltern von gleicher Profession seynd, dann, was sie selbst treiben, das können sie an denen Kindern nicht verwerffen. L. in arenam 11. Cod. de inoff. test. L. si. uxor 13. §. Judex 5. ff. ad L. Jul. de Adult. 23.

Was ist aber Rechtens, wann der Sohn aus Reu solches Leben verlaßt, hat wohl nichts destoweniger die Enterbung Platz? Diß bestättiget Grass. §. testamentum §. 42. n. 9 & 10. Suarez. lit. E. n. 212. Villalob. comm. opin. lit. E. Hingegen diß widerspricht Cavar. ad cap. Ragnutius. ib. n. 25. weilen die Reu des Sohns die dem Vatter zugefügte Injuri, und dessen Satisfaction nicht aufhebt. Perez ad tit. de præt. & exhæred. lib. n. 25. macht einen Unterschied, ob die Reu vor der Enterbung geschehen seye, oder darnach? Item ob solche vom Vatter angenommen, und der Sohn wider zu Gnaden aufgenommen, und keine Versehung gemacht worden, und also erst nach der Reu die Enterbung erfolgt sey? In dem ersten Fall ist an sich selbsten klar, daß die erfolgte Vereinigung die dem Vatter zugefügte Injuri auslösche, und also die Enterbung nicht mehr geschehen könne, welche zur Rach der Injuri zugelassen wird. Im anderen Fall thut ja die blosse Reu die Injuri nicht aufheben, ist also das zuvor von denen Eltern gemachte Testament giltig. Wie wir über disa Frag in nachfolgenden Art. weiters reden werden. 24.

Die 11. Enterbungs-Ursach ist, wann die Eltern die Tochter ehrlich ausheura-

then, und ihr nach ihren Vermögen ein Heurath-Guth mit geben wollen, die Tochter aber den Heurath, und das Heurath-Guth ausschlagt, und ein leichtfertiges Leben anstellt. Dise Verordnung kommt über eins mit der Novell 115. welche also redet, wann einige aus vorbemelten Eltern ihre Tochter oder Enckle ausheurathen, und mit einem Heurath-Guth nach ihren Kräfften und Vermögen geben wollen, dise aber nicht einwilliget, sonder ein liederliches leichtfertiges unkeusches Leben angestellt hat. Dann obwohlen die Tochter nicht schuldig ist den Mann zu nemmen, welchen ihr die Eltern geben wollen. L. cùm te 18. & L. filia 20. Cod. de inoff. test. So soll sie doch deßwegen kein Hurn Leben anstellen, und weilen dises absonderlich in der Eltern Injuri abzihlet, und ihre Ehr schmählert, so kan sie billig enterbt werden. Doch ist ein und anders hierbey zu mercken. Erstlich daß dise Verordnung, obwohlen unser Art. allein von einer Tochter redet, auch zu verstehen seye von einem Enckle, Krafft der ausdrucklichen Wort der Novell. 115. aus Ursach, weilen dise gantze Enterbungs Materi die Eltern in genere betrifft, und weilen nach verstorbnen Sohn oder Tochter die Sorg über das Enckle dem Anherrn nicht minder obligt, als die Sorg über die Tochter, deßwegen ist von beyden ein gleiches zu sagen. Andertens erfordert die Verordnung dises Art. 3. Stuck, damit die Enterbung gelte, das ist, daß der Vatter einen Mann, und ein ehrliches Heurath-Guth nach seinem Vermögen anerbotten habe: Und endlich daß die Tochter und der Enckle lieber habe ein leichtfertiges Leben erwählen wollen.

26. Aus welchem wir schliessen, daß vor allem nothwendig seye, daß der Tochter oder dem Enckle kein mangelhaffter verstalteter, auch kein delpelhaffter, am Leib, dalgeter, sonder dem Stand der Tochter oder des Enckle anständiger Mann anerbotten werde, der also beschaffen ist, daß die Tochter oder das Enckle kein Ursach zur Verweigerung hab. Dann sonsten geschehen könnte, daß jener, der zum Galgen verdammt, und nach ungeschickter Gewohnheit einiger Orten von einem spitznasigen Weib zur Ehe ausgebetten worden, antworte, will lieber geschwind sterben, als eine lange Marter ausstehen, Ady spitzige Nasen, aufgehenckt. Weithers ist nöthig, daß man neben dem Mann auch ein ehrliches Heurath-Guth gebe, dann meistens bleiben die Töchtern sitzen ohne Mann, kommen in den Schmaltz Hafen, weilen ihnen von denen Eltern kein ehrliches Heurath-Guth gegeben wird. Wovon kurtz hernach mehrers folgen wird. Es kan also eine Enterbung nicht bestehen, wann nicht auch erwiesen werden kan, daß auch das Vermögen der Eltern gemessene Heuraths-Guth nicht angenommen worden; Endlich ist nicht genug, wann ein solche Tochter ein oder das anderemahl sich fleischlich versündiget hat, so es erfordert der Text des gemeinen und Chur-Bayrischen Rechts ausdrucklich, daß sie lieber ein Hurn-Leben erwählt habe, als ein ehrliche Ehe treffen wollen, weilen der Haß gegen solches Leben die meiste Ursach ist, wodurch einer gantzen Famili ein Schand-Fleck angehenckt wird, nicht aber ein oder der andere zufällige Casus, weilen sonsten schier alle Kinder der Enterbung würdig wären, weilen absonderlich bey gemeinen schlechten Leuthen schier kein Heurath gefunden wird, welcher nicht zuvor mit dem Laster der Gailheit bemacklet worden, welches die Ursach ist, daß so vile Ehen unglücklich seyen, die wegen solch abscheulichen Anfang von GOtt nicht gesegnet werden.

Drittens ist zu notiren, daß einer Tochter oder Enckles unkeusches Leben kein satsamme Enterbungs Ursach seye, wann die Eltern sie zu verheurathen vernachlässigt haben, wann sie 25. Jahr am Alter überlebt haben, und noch vilmehr, wann sie die ehrliche heurathen wollende Tochter verhindert haben, dann weil dise Wahr also beschaffen, welche nicht aufbehalten werden kan, so müssen die Eltern ihnen billig selbsten beymessen, wann sie in Ausheurathung der Töchter den schuldigen Fleiß nicht anwenden: diß kommt übereins mit der Novell. 115. cap. 3. §. 11. vers si verò. Wann aber, sagt der Text, die Tochter auf 25. Jahr am Alter kommen, und die Eltern sie zu verheurathen verschoben haben, und villeicht deßwegen erfolgt ist, daß sie sich fleischlich versündiget, oder sich ohne Bewilligung der Eltern mit einem doch freyen verheurathet, das wollen wir der Tochter zur Undanckbarkeit nicht ausrechnen, weil diß nicht aus ihrer Verschuldung, sonder der Eltern herkommt.

Welches doch 4. schon zuvor besagter massen allein also zu verstehen ist, wann nur ein oder das anderemahl sie sich fleischlich versündiget hat, dann, wann sie ein offentliches Hurn Leben angefangen, kan sie nichts destoweniger enterbt werden. Gotfred. ad dict. Novell. §. 11. & Harp. loc. cit. n. 41. Fünfftens wird eine Tochter wegen des Hurn-Leben von der Enterbungs Straff entschuldiget, wann die Eltern selbst unehrlich leben, weil sie an denen Kinderen jenes nicht bestraffen können, was sie selbst schändlich thun, und obwohlen einige diß allein von

der

der Mutter verstehen, weil bey denen Weibern eine grössere Keuschheit erfordert wird, als bey dem Männlichen Geschlecht, so zweifflen wir doch nicht, daß bey beyden eins seye, weilen weder dem Vattter noch der Mutter wohl anstehet, an den Kindern etwas zu tadlen, was jeder selbsten thut; Was aber Rechtens seye, wann die Kinder wider den Eltern Willen ein unehrliche Ehe getroffen, das werden wir unten beym 9. Art. des 40. Tit. sehen.

27. Die 12. Enterbungs Ursach ist, wann die Eltern, so vom Feind gefangen worden, von denen Kindern nicht ausgelöst werden, oder, wie die Novell. 115. cap. 3. §. 13. redet, wann eines aus bemeldten Eltern gefangen sitzt, und dessen Kinder entweders alle, oder eines nicht geeylet haben, daß selbe zu erlösen, wann es gewollt hat aus der Gefangenschafft zu kommen, in dessen Gewalt stehet, ob es dise Ursach der Undanckbarkeit seinem Testament einzuverleiben. Uber dise Ursach ist ein und anderes besonderes zu mercken. Erstlich: Obwohlen wir oben bey der 8. Ursach gesagt haben, daß der Sohn wegen nicht præstirter Caution, oder Bürgschafft für die Eltern, um selbe aus den Schulden-Thurn zu erlösen, nicht könne enterbt werden, es seye dann um sothane Bürgschafft ersucht worden. Krafft dict. Novell. So ist doch ein anderes zu sagen von denen beym Feind gefangen liegenden Eltern, weilen die Kinder, so bald sie die Gefangenschafft innen werden, also gleich eylen müssen, damit sie die Erlösung zu wegen bringen, oder wie unser Art. redet, müssen den gebührlichen Fleiß gebrauchen, solche zu erledigen. Dann es ist eine grössere Bedrangnuß, wann einer beym Feind gefangen liegt, als wann einer in Schulden-Thurn verhafft ist.

28. Das andere ist, daß denen Eltern doch frey stehet, dise Enterbungs Ursach in das Testament zu setzen oder nicht, als hat gleichsam der Kayser sagen wollen, wann die Eltern wollen, so können sie nichts destoweniger solche Undanckbarkeit nachsehen, und die undanckbare Kinder als Erben einsetzen, Gloss. ibidem sub lit. A. unser Articul kommt über eins, welcher die Wort braucht, daß die gefangne Eltern solche Kinder wohl enterben mögen. Welche Wort den freyen Willen, und keine Schuldigkeit mit sich bringen.

Man wird 3. sagen, weil der beym Feind Gefangne kein Testament machen kan, wie sollen dann die Eltern ihre Kinder, so sich nicht erledigen, enterben können? Und der Kayser antwortet, diß sey von jenem Casu zu verstehen, da die Eltern von der Gefangenschafft frey worden, und nacher Hauß gekommen, unser Art. kommt über eins, welcher also redet, da die Eltern sonsten der Gefängnuß wieder bemüssiget worden. Villeicht wegen erfolgten Frieden, und Krafft der Friedens-Tractaten alle Gefangene ohne Loß-Geld entlassen worden seynd.

Wann aber 4. die Eltern in der Gefangenschafft gestorben, so werden die Kinder, welche die Erlösung vernachlässiget haben, von Rechts wegen für enterbt gehalten, und müssen ihre Erbs-Antheil zu Erledigung anderer Gefangenen verwendet werden, dict. Nov. 115. cap. 3. n. 13. wo sie sagt, wann durch der Kinder Nachlässigkeit, oder Verachtung die gefangene Eltern nicht erlediget worden, sondern selbe in der Gefangenschafft gestorben, so leyden wir nicht, daß solche Kinder erben sollen. 29.

In disem aber 5. ist zwischen dem gemeinen und unsern Land-Recht ein Unterschied, weilen dem gemeinen Recht nach die Erb-Theil der undanckbaren Kindern, welche die Erledigung vernachlässiget haben, der Kirchen des Orts zufallen, welche hernach verbunden ist, solches Erbs-Theil zu Erlösung anderer Gefangnen anzuwenden; Unser Articul aber sagt von der Kirchen nichts, sondern verordnet nur in genere, daß dergleichen Erbs-Theil zu solchem Ende sollen verwendet werden, welches unsers Erachtens jeder Obrigkeit zu thun obliegt, so ein kürtzerer Weeg ist, weilen ja der Obrigkeit mehr zu trauen ist, als denen Stieff-Vättern der Kirchen, welche meistens gemeine Leuth seynd, und nichts umsonst thun. diff.

Was ist aber Rechtens, wann 6. die vom Feind Gefangne keine Kinder, sondern nur andere Seiten-Erben haben, müssen wohl auch dise die Gefangne erledigen, wann sie Erben derselben seyn wollen? Und es antwortet D. Manz. ad tit. 10. de testam. quæst. 6. n. 51. mit Ja, dann wann denen nachlässigen Kindern die Erbschafft benommen wird, so wird selbe noch vilmehr anderen Befreundten, oder gar Fremden benommen, welches der Novell. 115. cap. 3. §. 13. vers. occasionem autem. conform ist, wo sie jenes, was zuvor von denen Kindern gesagt worden, zu einem allgemeinen Gesatz macht, Krafft dessen allen Erben, die des Gefangnen Erledigung vernachlässiget haben, die Erbschafft als Unwürdigen entrissen, und befohlen wird, daß solche zu Erledigung der Gefangenen angewendet werden solle. 30.

31. Allein 7. werden jene verschont, welche das 18. Jahr ihres Alters nicht erfüllt haben, gleichwie sonsten in allen anderen Pœn-Fällen der Jugend und Unverstand etwas nachgesehen wird. L. ferè 108. ff. de R. J. Wovon obwohlen unser Art. nichts sagt, so vermeynen wir doch, diß sey der Vernunfft und Billigkeit gemäß, obwohlen die Glossa ad dict. Novell. 115. fünff wunderliche Puncten ausführt; Erstlich das hier jenes, was dem Unwürdigen weggenommen wird, dem Fisco nicht zugeeignet werde. 2. Daß jener, der nicht Herr ist, die Sach des Gefangnen veräussere. 3. Daß der, so jünger als 18. Jahr ist, dise Straff nicht zu leyden habe, wo doch sonsten jenen nicht geholffen wird, die eines Doli fähig seynd. 4. Daß die minder-Jährige bey einem solchen Dolo nicht restituirt werden, und endlich 5.

32. Welches wir für das 8. merckwürdige setzen, daß wegen diser Undanckbarkeit allein die Erbs-Einsetzung entkräfftet werde; Die übrige Puncten des Testaments aber in ihren Kräfften verbleiben, welches wider die Regul ist in L. eam quam 14. Cod. de Fidei-Commissis.

33. Ja auch dises 9. ist was besonderes, daß, wann ein Sohn kein Geld gehabt um den Vatter zu erledigen, er Geld entlehnen, und seine eigne bewegliche und unbewegliche Sachen, ja auch des Vatters Sachen versetzen, und verschreiben könne, wann er schon noch minder-jährig ist, wann er nur älter als 18. Jahr ist, auch ohne Obrigkeitliches Decret. Welches auch von des Gefangnen Befreundten, oder von dessen fremden Erben zu verstehen ist, Manz de testam. tit. 10. quæst. 6. n. 57. Wegen des Favors gegen Erledigung der Gefangenen. Manz. in spec. suis verbo captivorum redemptio. Von welchem allem zwar unser Art. nicht hat, aber unsers Erachtens ist diß alles zu observiren nicht anderst, als wann solche alles sonderheitlich wäre entworffen worden.

34. Die 13. Enterbungs Ursach ist, wann die Kinder die unsinnige Eltern verlassen haben, dicta Novell. 115. §. 12. cap. 3. welches unser Art. auf Sinn-lose, und Verstand beraubte Eltern, ja auch auf krancke, arme Eltern erstreckt, welchen wann die ersuchte Kinder den Unterhalt, oder als Krancken die Medicin und andere Nothdurfft nicht geben, alsdann können die Eltern solch undanckbare Kinder enterben, welches auch dem gemeinen Recht in L. 3. ff. de his, quæ ut indignis conform zu seyn erachtet Harp. loc. cit. n. 44. Wir haben gesagt, ersuchte Kinder, dann dise Straff ist gesetzt denen Kindern, welche denen Eltern die natürliche Schuldigkeit abschlagen, und nicht reichen, es kan aber niemand genennt werden, die natürliche Schuldigkeit nicht gethan zu haben, wann er nicht um solche zu erweisen ersucht worden, wie wir solches schon oben bey der 8. Enterbungs Ursach erinnert haben, und unser Articul erfordert zweymahlen die Ersuchung ausdrucklich.

Die 14. und letzte Enterbungs Ursach ist, wann die Kinder Ketzer seynd, dann solchen Falls können sie vom Catholischen Vatter enterbt werden, wie wir schon oben bey der 3. Enterbungs Ursach ausgelegt haben, weilen die Ketzerey ein entsetzliches Laster der beleydigten Göttlichen Majestät ist. Von diser Enterbungs Ursach redet schon der Kayser Justinianus in dict. Novell. 115. §. 14. vers. quæ obtinere decernimus. Wo er sagt, dann wann wir von cörperlichen Sachen gedencken, wie vilmehr müssen wir um das Seelen-Heyl sorgfältig seyn? Als sagte gleichsam der Kayser, es seye mehr auf die Seelen als auf die Cörper zu sehen, wann nun die Kinder können enterbt werden, welche denen Eltern Gifft zu bringen, so dem Leib schädlich ist, so können noch vilmehr enterbt werden, welche Gifft der Seelen, und Ketzerischen Lehren in das Hauß bringen. 35.

Doch seynd über dise letzte Enterbungs Ursach zwey Puncten zu erinnern. Der erste ist, daß jene für Ketzer zu halten seynd, welche für solche in einem allgemeinem Kirchen-Rath oder Versammlung, wie in dict. Novell. 115. cap. 3. §. 14. der Kirchen-Rath zu Nicena, Constantinopel, zu Ephesin, und Chalcedonien erzehlt werden, erklärt worden. Unsere Ketzer zu jetziger Zeit, obwohlen sie in dem Kirchen-Rath zu Trient von der Kirchen verdienter massen verworffen worden, haben doch durch ein gantzes Jahr hundert durch ohnunterbrochne, erschröckliche und blutige Krieg erlangt, daß sie für Reichs-Burger, und in allen Contracten und letzten Willen denen Catholischen gleich gehalten werden. Sie nennen sich Protestanten, und daß sie der Augspurgischen Confession verwandt seyen, damit andere von ihrer Gesellschafft ausgeschlossen seyn, in disem Jahr hundert seynd so vil Ketzereyen gewesen, von allerhand Gattungen, daß man mehr als Täg im Jahr zehlen können. Ja ich kan sagen, daß zu Amberg in der Geistlichen Registratur, wie sie genennt wird, eine gantze Laden voll Formulen seyn, wodurch die Seelsorger und Pfarrer aus 36.

Lands-

Lands-Fürstlichen Befehl die Glaubens Bekanntnuß ablegen müssen, und unter solchen stimmen kaum zwey über eins, also daß zur selben Zeit so vil Meynungen gewesen, als vil Köpff, daß nöthig gewesen, dise so vil köpffige Schlang auf die Schau-Pinnen zu stellen, wann nicht die Nothwendigkeit des Friedens in Gedult zu stehen mit sich gebracht hätte. Dise Formulen seynd zur selben Zeit begehrt worden, da in der Obern-Pfaltz die Lutherische Lehr abgeändert, und die Calvinistische, welche sie die Reformirte nennten, eingeführt worden, dise beyde Religions-Verwandte seynd jetziger Zeit Reichs verwandte Burger, und folglich können deren Kindern von denen Catholischen Eltern nicht enterbt werden. Uber dise zwey Secten doch seynd keine andere zu gedulten, wie dann auch die Lutheraner selbsten andere bekannte Ketzer nicht zulassen, welche zu erzehlen uns verdrüssig wäre. GOTT erleuchte dise unsere Stieff-Brüder, und setze sie in den allgemeinen Schaaff-Stall ein.

37. Das andere ist, obwohlen wir in einigen vorgehenden Enterbungs Ursachen gesagt haben, daß denen Eltern frey stehe, entweders die Enterbung fürzunemmen, oder solche nachzusehen, so hat doch diß bey dem Laster der Ketzerey nicht Platz; Aus. Ursach, weilen die Ketzer nicht allein für undanckbar gehalten werden, sondern auch für unwürdig und unfähig; Obwohlen nun die Undanckbarkeit nachgelassen werden kan, so kan doch die Unwürdigkeit, und Unfähigkeit nicht nachgelassen werden.

38. Jetzt folgt ein und andere kurtze Frag, deren die erste ist, warumen die Enterbung auf dise 14. Ursachen eingeschränckt worden, wo es doch andere weit schwerere Verbrechen gibt? Und wir antworten, weil in diser Materi allein auf die Rach die Injuri zu vindiciren gesehen wird, die denen Eltern zugefügt, und nicht welche dem gemeinen Weesen zugestossen wird, weilen solche zu rächen andere Gesatz verhanden seynd, welche mit disen Famili Verbrechen nichts gemeines haben?

39. Wann man 2. fragt, ob aber eben dise Enterbungs Ursachen wegen anderen eben so schweren oder noch schwereren erweitert werden können? So antworten Jul. Clarus §. testamentum quæst. 41. n. 2. Grass. eod. quæst. 42. n. 2. & 3. Pinell. part. 2. n. 27. Cod. de bon. mater. Covaru in cap. Raynutius mit Ja, daß obwohlen Justinianus in dict. Novell. 115. sagt, daß er die in unterschiedlichen Gesatzen zerstreitte und nicht klar erklärte Enterbungs Ursachen in gegenwärtiger Novell nahmentlich entworffen habe, daß NB. neben disen, keinem erlaubt seye, aus einer anderen Ursach eine Enterbung zu machen, ausser denen Ursachen, welche in diser Novell erzehlt werden; So lacht doch Bachoivius dise aus, welche sich an dise Wort gar zu genau anhefften, weil ja jener Gewissenhaffter ist, daß die lasterhaffte Söhn wegen dergleichen oder grössere Verbrechen eben so bestrafft werden, als das andere Verbrechen aus einer einbilderischen Einschranckung des Gesatzes sollen unbestrafft verbleiben. Welcher Meynung auch wir beystimmen, wann nur solche Umständ in gleichem oder grösseren Verbrechen sich finden, welche der Eltern absonderliche Ehr betasten, weil sonsten, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, weit schwere Verbrechen seynd, welche zwar auch die Ehr des Vatters betreffen, weilen aber offentliche Straffen deßwegen obhanden, so hat die Enterbung nicht Platz, wie da seynd die Ehebrüch, Diebstähl, Rauberey en ɩc. Wir wollen mit einem Wort sagen, daß die Extendirung wegen gleichen oder grössern Verbrechen allzeit eine begangene Undanckbarkeit wider die denen Eltern gebührende Ehr in sich enthalten müsse, weilen all erzehlte Ursachen auf solche das Absehen haben; Anderst als andere Verbrechen, welche offentlich geräche twerden, und welche vilmehr die offentliche Ehr und Interesse, als die Ehr und das Interesse der Eltern betreffen.

Die 3. Frag ist, ob auch die Soldaten wegen erzehlten Ursachen von denen Eltern enterbt werden können? Die Ursach zu zweifflen ist enthalten in L. filiusfamilias 26. ff. de lib. & posthum. wo gesagt wird, daß durch das Edictum D. Augusti gesetzt worden, daß der Vatter den Sohn als Soldaten nicht enterben solle, weilen aber Krafft bemeldten Text des L. 26. solches corrigirt worden, villeicht aus der Ursach, weilen von dem Justiniano die geringere vor altem zugelassene Enterbungs Ursachen durch die Novell. 115. ausgelassen, und nur die schwerere beybehalten worden, welche auch die Soldaten betreffen; Gemeiniglich halten die DD. darfür, daß nicht minder ein undanckbarer Sohn, der ein Soldat ist, wie ein anderer von denen Eltern enterbt werden könne, weilen auch die Soldaten ihre Eltern ehren müssen. L. 1. ff. de obseq. à lib. 40.

Was ist aber 4. zu sagen von denen Posthumis? Und wir antworten, obwohlen vor Altem auch die Posthumi haben kön- 41.

können enterbt werden, tot. tit. de lib. & posthum. hæred. instit. vel exhæred. und Vasquius cap. 106. n. 13. mit mehr anderen darfür haltet, daß diß auch heut zu Tag noch erlaubt seye, weil das alte Recht nicht corrigirt worden, so thun doch andere solches besser widersprechen, weil nach heutigen Recht die Enterbung nicht Platz hat, wann nicht erwiesen wird, daß die Kinder undanckbar seyn, und die Ursach nahmentlich dem Testament einverleibt wird. auth. non licet. Cod. de lib. præt. Die Posthumi aber können nicht undanckbar seyn, weilen die erzehlte Ursachen nicht angehen, können also auch nicht enterbt werden. Clarus §. testamentum quæst. 41. in fin. Grass. §. testamentum quæst. 42. n. 14. Eben diß ist auch zu sagen von denen unmündigen Kindern, L. si quis 33. Cod. de inoff. test. wo der Kayser sagt, es scheint erschröcklich zu seyn, daß jener, der keinen Verstand hat, undanckbar soll gehalten werden, als wollte er sagen, die Undanckbarkeit erfordert einen Verstand, ein unmündiges Kind aber hat keinen Verstand. Eben dises thut auch Suarez comm. opin. lit. E. n. 216. & lit. I. n. 19. auf die, so nicht 14. oder 12. Jahr alt seyn, erstrecken, weil ein solcher kaum eines Doli mali fähig seyn kan. L. impuberem. 22. ff. ad L. cornel. de fals. Eine der Enterbung würdige Undanckbarkeit kan ohne Dolo malo nicht begangen werden. Aus welchem folget, daß, wann die Boßheit das Alter übertrifft, und einer vor den 14. Jahren eine Undanckbarkeit, welcher der Enterbung unterworffen ist, boßhafft begehet, von den Eltern enterbt werden könne, und solchen seine junge Jahr nichts helffen.

42. Was aber für andere Ursach seyn, wegen welcher Gleichheit und Parität insonderheit die Enterbung geschehen kan, wann schon weder in der Novell. 115. noch in unsern Art. solche enthalten seynd, ist zu sehen bey Manz. de testam. tit. 10. quæst. 10. per totum. Wir werden über die Frag bey dem 9. Art. des 40. Tit. zu reden Gelegenheit finden, wo wir disen sonderheitlichen Casum untersuchen werden, ob ein Sohn vom Vatter enterbt werden könne, wann er ein unehrliches Weib ohne dessen Bewilligung zur Ehe genommen.

Der dritte Articul.

In hernach geschriebnen Fällen mögen die Kinder ihre Eltern enterben.

Zu dem ersten, so der Vatter sein Kind in Recht beschuldiget grosser Unthat, die Leib und Leben berührt und antrifft, ausgenommen in dem Laster beleydigter Majestät, oder Ketzereyen, oder Zaubereyen, in welchen sie beyde einander beschuldigen mögen, es wäre dann, daß der Vatter sein Kind, welches sonsten der Straff nicht entgehen möchte, dem Richter antwortete, in guter Meynung, wegen Ringerung der Straff, nach Ausweisung der Rechten, in solchem Fall möchte er vom Kind nicht enterbt werden.

Zu dem andern, so der Vatter seine Kinder mit Zauberey, oder Gifft beschädiget, oder sie zu beschädigen unterstanden hätte, sie damit von dem Leben zum Tod zu bringen.

Zu dem dritten, so die Eltern sich wissentlich vermischen, und leiblich zu schaffen haben, mit ihrer Kinder Ehegemächten.

Zu dem vierten, so die Eltern ihren Kindern verbietten, und verwehren ihren letzten Willen und Geschäfft zu machen, in Fällen, und von der Haab, da sie dessen sonsten zu thun, von Rechts wegen befugt seyn.

Zu dem fünfften, wo der Mann seiner Hauß-Frauen, oder die Hauß-Frau ihrem Mann zum Verderben des Lebens, oder des Verstands Gifft geben, oder sonsten eines dem andern nach dem Leben gestellt hätte, mögen derselben ehelich Kinder sie wohl enterben.

Zu dem sechsten, so die Eltern versaumen mit Artzney, Pfleg', und andern ihre Kinder, die kranck Sinn-loß und unvernünfftig seyn,

zu versorgen, in massen von den Kindern gegen den Eltern auch gesetzt ist.

Zu dem siebenden, so der Vatter saumig ist, seinen Sohn von ungebührlicher seiner Gefängnuß zu erledigen, oder von dem Feind zu erlösen, als oben von den Kindern geordnet ist.

Zu dem achten, so der Sohn ein Catholischer Christ, und der Vatter ein Ketzer ist.

Es ist aber bey disem und vorhergehendem Articul zu mercken, wann nach begangner Ursachen der Undanckbarkeit, die Kinder mit den Eltern, oder die Eltern mit den Kindern wieder ausgesöhnet seyn, ehe das Testament gemacht ist, daß auch alsdann die Enterbung nicht mehr statt hat, solche Aussöhnung soll aber ausdruckentlich beschehen.

Wäre aber das Testament, in welchem die Eltern ihre Kinder, oder ein Kind seine Eltern enterbt, allbereit vor der Versöhnung aufgericht worden, so wird doch die Enterbung durch die Versöhnung nicht aufgehebt, es mached ann der Testirer ein anderes Testament, oder hab das Testament gäntzlich cassirt, und aufgehebt, nach Innhalt des 15. Art. nächst vorgehenden Tituls. Es würdet auch durch die Aussöhnung die Straff, welche in den oberzehlten Verbrechungen, die Obrigkeit fürzunemmen hat, nicht abgethan, und aufgehebt.

Summaria.

1. Aus wie vilerley Ursachen die Kinder die Eltern enterben können?
2. Was Rechtens, wann die Eltern ihre Kinder *criminaliter* anklagen, ausser dem Laster der beleydigten Majestät und Verrätherey?
3. Ob der Vatter vom Sohn könne enterbt werden, welcher der Sohn, der sonst der Straff nicht entgehen möchte in dem Absehen dem Richter einhändiget, damit er leichter bestrafft werde?
4. Ob die Eltern enterbt werden können, wann sie mit Gifft oder in andern Weeg dem Leben der Kinder nachgesetzt zu haben, erwiesen werden?
5. Item, wann der Vatter sich mit des Sohns Frau, oder die Stieff-Mutter sich mit dem Stieff-Sohn fleischlich versündiget haben?
6. Wann die Eltern die Kinder zu *testi*ren verhindert haben?
7. und 8. Wann der Mann dem Weib, oder das Weib dem Mann mit Gifft oder sonsten nach dem Leben gesetzt, welches von wahren und rechten Eltern, und nicht vom Stieff-Vatter oder Stieff-Mutter zu verstehen ist?
9. Oder wann die Eltern denen krancken oder unsinnigen Kindern nicht beyspringen, und selben nicht helffen lassen?
10. Wann sie die Kinder in der Gefangenschafft ohne Auslösung sterben lassen?
11. Endlich ob die Eltern von denen Kindern enterbt werden können, wann eines aus ihnen wahrgenommen, daß die Eltern nicht Catholisch seyn?
12. Ob das Versprechen unnutzlich seye, daß die Eltern wider die Kinder, und die Kinder wider die Eltern die Enterbung niemahlen vornemmen wollen?
13. Ob die begangne Enterbungs-Ursach von denen Eltern denen Kindern könne nachgelassen und geschenckt werden?
14. und 15. Ob allein die Reu der Kinder genug seye, oder ob ein ausdruckliche Versöhnung erfordert werde?
16. Was Rechtens, wann die Eltern oder Kinder vor der Versöhnung würcklich ein *Testament* gemacht, und sie enterbt haben, ob die erfolgende blosse Versöhnung genug seye, oder ob erfordert werde, daß das *Testament* widerruffen, oder *cassi*rt werde?
17. Ob durch die von den Eltern mit den Kindern gemachte Versöhnung dem Richter das Recht zu bestraffen benommen werde?
18. Ob ein Münch wegen einer begangnen Enterbungs Ursach, vor er in das Closter gangen, enterbt werden könne?

1. Bißhero haben wir vollendet jene Ursachen, wegen welchen die Eltern ihre Kinder enterben können, weilen jedoch inverso naturæ ordine geschehen kan, daß die Eltern die Kinder überleben, deßwegen werden in dict. Novell. 115. cap. 4. alsogleich auch jene Ursachen erzehlt, wegen welchen die Kinder die Eltern enterben können, deren acht seynd, welche auch in unsern gegenwärtigen Articul der Ordnung nach durchsucht werden.

Wann man vorläuffig fragt, warum wegen Enterbung der Kinder 14. Ursachen vorgeschrieben werden, der Eltern halber aber nur 8.? So antworten wir, weilen die Kinder mehrers undanckbar gegen die Eltern seyn können, als die Eltern gegen die Kinder, zumahlen die Kinder die Eltern zu ehren verbunden seynd,

seynd, die Eltern aber seynd diß zu thun schuldig. Und dahero kommt es, daß die Kinder auch öffters in die Undanckbarkeit verfallen können, als die Eltern. Hernach, weil die Lieb mehrers ab als auffsteigt, so ist nothwendig gewesen, die Kinder genauer zu verbinden, als die Eltern, weil bey denen Eltern das Gemüth denen Kindern zu schaden weniger præsummirt wird, als bey denen Kindern das Gemüth denen Eltern zu schaden. Endlich seynd schier alle Enterbungs Ursachen also beschaffen, daß sie mehrers aus Boßheit, und Unachtsamkeit der Jugend begangen werden, welche mehrers einzuschräncken und in Zaum zu halten sich geziemt hat.

2. Es ist aber die erste Ursach, wegen welcher die Kinder die Eltern enterben können, wann die Eltern die Kinder zum Untergang ihres Lebens übergeben haben, das ist, wie die Glossa ibidem litt. O. auslegt, wann sie die Kinder wegen eines grossen Verbrechen anklagen, oder wie unsere teutsche Wort lauten: So der Vatter sein Kind in Recht beschuldiget grosser Unthat, die Leib und Leben berührt und antrifft. Unsere alte Statuten haben dises ausgelegt auf ein Capital-Verbrechen, welches ein Tods-Straff nach sich ziehet, oder eine Deportation, das Elend, Aushauen, oder Benemmung eines Glieds. Und dessen ist die Ursach, weilen unbillig zu seyn anscheint, daß die Eltern, von welchen die Kinder das Leben haben, jene, welche sie vilmehr beschützen sollen, durch ein Criminal-Anklag auf die Fleisch-Banck liefern sollen. Hier aber werden abermahlen, wie wir schon oben bey dem vorgehenden Articul bey der dritten Ursach ausgelegt haben, die zwey schwerriste Laster beleydigt Göttlicher und Menschlicher Majestät ausgenommen, also daß, was alldort von disen gesagt worden, hier wiederholter wissen wollen, dann obschon Perez n. 14. in fin. Cod. de lib. præt. vel exhæred. mit Viglio und Connano will, daß die Enterbung wegen Verrätherey oder beleydigter Majestät nicht bestehe, weilen durch dise Laster nicht so sehr der Vatter als wie das gemeine Wesen beleydiget wird, und also mit offentlichen und nicht Privat-Straffen gerächet werden, so zweifflen wir nichts destoweniger gar nicht, daß diß ein rechtmässige Ursach seye, Krafft welcher der Sohn den Vatter nicht allein anklagen, wovon eigentlich die Novell. 115. redet, sondern auch enterben kan, weil die Schuldigkeit und Verehrung grösser ist, welche man dem höchsten Fürsten, oder dem Vatterland schuldig ist, als welche man denen Eltern geben muß, oder hingegen, welche die Eltern den Kindern zu geben haben.

Unter dem Laster beleydigter Göttlicher Majestät wird gesetzt die Ketzerey und Zauberey: Wegen der Ketzerey ist die Sach doch also zu verstehen, wie wir solche in vorhergehenden Articul bey der 14. Ursach ausgelegt haben, und von der Zauberey haben wir bey der 6. Ursach geredt, dann weilen die Zauberey unterschiedlich ist, so berühren wir hier allein jene, bey welcher einer GOTT verlaugnet, und alle seine Heiligen, wovon zu reden anderstwo sich Gelegenheit ergeben wird, hier ist genug, daß bey dem Laster beleydigter Majestät, das ist, der Ketzerey und Zauberey die Criminal-Anklag nicht allein denen Kindern wider die Eltern, sondern auch denen Eltern wider die Kinder erlaubt seye, wie unser Articul ausdrucklich von solch beyden Fall redet.

Was ist aber Rechtens, wann der Vatter den Sohn wegen einer anderen Criminal-Ursach angeklagt hat, nicht, wie die Novella redet, zum Untergang, so aus guten Gemüth, und in dem Absehen, damit er einen gelinderen Sentenz für den Sohn erwerbete? Hierauf antwortet unser Articul, daß in solchen Fall der Vatter mit Recht vom Sohn nicht könne enterbt werden, wann schon des Vatters gutes Absehen keine Würckung gehabt hat. Es haben zwar die Herren Räth gantz gut erinnert, daß von diser Exception in der Novella 115. nichts enthalten, und also sicherer seye, daß selbe aus dem Articul gelassen werden solle, weilen auch in alten Bayrischen Statuten dise Exception nicht einverleibt gewesen, es hat aber dem Durchleuchtigisten Gesatz-Geber das Widerspiel gefallen, Zweiffels ohne aus der Ursach, weilen gar zu hart wäre, wann des Vatters gutes Absehen ein so grossen Schaden nach sich ziehen soll, daß er wegen solcher Criminal-Anklag von des Sohns Erbschafft ausgeschlossen werden könnte. Es hindert auch nichts, daß dise Exception in der Novella 115. nicht enthalten, weilen jedoch selbe anderen Gesätzen conform ist, und eine besondere Æquität in sich enthaltet, so ist gantz vernünfftig und gescheid dise Exception beygesetzt worden, damit nicht, wann sie wäre ausgelassen worden, aus jener Regul, daß die Enterbungs Ursach weder aus Gleichheit, oder grösseren Ursach extendirt werden könne (welche Meynung einige hartnäckig behaupten) dem Vatter ein so grosser Schaden zugefügt werde. 3.

werde. Daß aber auch dise Exception dem gemeinen Recht ähnlich seye, ist deutlich zu entnemmen aus dem L. milites. 13. §. desertorem 6. ff. de re milit. wo gesagt wird, daß D. Pius einen Sohn, der durchgangen, und vom Vatter gestellt worden, von der Kopffs-Straff, die er sonsten hätt ausstehen müssen Krafft des Text in L. non omnes 5. §. desertor 3. ff. eod. von darumen loß gesprochen, und zu härteren Soldaten-Diensten verdammt habe, damit nicht anscheine, daß der Vatter ihne auf die Fleisch-Banck gelieffert habe, und zu End des Gesatz wird beygesetzt: Welches Exempel daß wir auch in anderen Sachen halten sollen, hat Menander geschrieben. Dann wann jene gelinder gestrafft werden, die sich selbst stellen, wie in eben disem Gesatz von denen Kaysern Severo und Antonino enthalten, daß sie einen Deserteur, der nach fünff Jahren zuruck gangen, und sich freywillig gestellt hat, anstatt des Schwerd-Streichs deportirt worden, wie vilmehr also ist eine mildere Straff würdig, ob die Stellung vom Vatter selbsten aus guten Gemüth, und in dem Absehen zu keinem anderen Zihl und End geschehen ist, ausser daß er Gnad, um welche er für den Sohn gebetten, desto leichter erhaltete.

Man wird sagen, daß in dict. L. 13. allein von Milderung der offentlichen Straff in dem Fall gehandlet werde, da einer sich selbst gestellt hat, oder vom Vatter gestellt worden, wir aber handlen in gegenwärtigen von der Enterbungs-Straff, die dem Sohn wider den Vatter zustehet zu nemmen. Und wir antworten, wann dise Milderung das Gesatz selbsten gemeinen Weesens halber genehm haltet, warum ist sie nicht noch mehr vom Sohn zu approbiren, der dem Vatter eine grössere Lieb und Barmhertzigkeit schuldig ist? Wir könnten noch mehr andere Text beybringen, wann uns nicht genug wäre die ausdruckliche Verordnung unsers Articuls, welche dise Regul setzt, daß der Vatter vom Sohn nicht kan enterbt werden, welchen er wegen verübter Tods-Straff würdiger Unthat dem Richter gestellt hat, in dem guten Absehen, damit er eine mildere Straff erhaltete. Manz. loc. cit. tit. 10. quæst. 7. n. 3. wo er sagt, daß in disem Casu der Vatter mehrers zu loben, als zu beschulden, oder deßwegen zu enterben seye.

4. Die andere Enterbungs Ursach ist, wann die Eltern werden überwiesen werden, daß sie mit Gifft oder Zauberey, oder auf andere Weiß ihren Kindern nach dem Leben gestrebt haben. dict. Novell. 115. cap. 4. §. 2. Dann es ist wider die Natur, daß die Eltern denen Kindern schaden, und welchen sie das Leben gegeben, solches ihnen wieder so lasterhafft benemmen. Gleichwie aber wir oben bey dem 2. Art. vers. zum vierten gesagt haben, daß, wann die Kinder ein solches zuzufügen sich unterstanden haben, auch das blosse Unternemmen ohne erfolgte Würckung bestrafft werde, also auch zweiffelt niemand, daß nicht auch hingegen eben ein gleiches von denen Eltern wegen dergleichen unternommenen Verbrechen gesagt werden müsse. Weil anscheint, daß der Eltern Unternemmen weit boßhaffter seye, als der Kindern, weil die Lieb absteigt, auch die Vernunfft nicht gestattet, daß der Vatter den Sohn mit Anklagen verfolge, welchen er zu beschützen natürlicher Weiß schuldig ist, als, daß sich der Sohn solcher Gestalten wider den Vatter versündiget, und dahero kommt es, daß die Novella das Wort braucht, nachstellen, welches præsupponirt, daß die Würckung verhindert worden, und unser Art. beydes zusammen setzt, daß der Schaden durch Gifft oder Zauberey geschehen sey, oder der Sohn etwas solches unternommen habe, da er sich unterstanden hätte.

Unser Art. zwar verbleibt simpliciter bey disen zwey Verbrechen als angemaßten Vergebung mit Gifft, oder durch Zauberey. Was ist aber Rechtens, wann die Eltern denen Kindern auf eine andere Arth nach dem Leben gestrebt haben nemlich durch Stechen, oder Schiessen, können wohl auch die Kinder wegen solch angemaßten Verbrechen die Eltern enterben? Die Ursach zu zweifflen ist, weil das Gifft geben, und verzaubern heimliche Laster seynd, welche leichter von denen Eltern wider die unbehutsame Kinder ausgeübt werden können, als die durch allerhand Waffen angemaßte Tod-Schläg, welchen auch die Söhn als stärckere Leuth an Kräfften als die mit dem Alter bedagte Eltern, leichter sich widersetzen können, als denen heimlichen Nachstellungen mit Gifft oder Zauberey. Hernach ist denen Eltern, und besonders dem Vatter über die Kinder eine gemäßne Zucht zugelassen, damit nun die Kinder nicht ein jedwedere villeicht wohlverdiente Straff und Zucht zu einer Lebens-Nachsetzung machen, so ist sicherer, daß man bey denen Worten unsers Art. verbleibe, als der muthwilligen jungē Bursch Gelegenheit zu geben, sich der Eltern gehorsam freyer zu entziehen, dessen doch ohnerachtet vermeynen wir, es seye ein gleiches zu sagen von anderen bey denē Kindern angemaßten Lebens-Nachstellungen, es mögen solche Mittel bestehen, in wem sie wollen, dann es ist allzeit eine gleiche Undanckbarkeit, weilen

denen Eltern nicht mehr erlaubt ist, auf einige Weiß die Kinder zu tödten;

Man wird sagen, was liegt dem Vatter daran, wann schon der Sohn ihn enterben kan, weilen sonsten der Kinder Güther Krafft des Vätterlichen Gewalts dem Vatter zufallen, und der Sohn den Gewalt Testament zu machen nicht hat? Wir aber antworten, daß die Antwort aus vorgehenden erhelle, wo wir gesagt haben, daß vile Güther seynd, in welchen der Vatter die Nutz-Niessung nicht hat, und, daß auch der Sohn in Bonis castrensibus oder quasi den freyen Gewalt habe zu testiren, sonderheitlich aber der Vätterliche Gewalt und dessen Würckungen nach heutigen Recht durch Verheyrathung, Geistlichen Stand, und auf andere Weiß als durch Haltung eignen Rauchs aufgehoben werde, haben also die Kinder Gelegenheit genug zur Enterbung, von welch allen hier weiters zu handlen überflüssig wäre.

5. Die dritte Ursach ist, wann der Vatter mit der Sohns Frau oder dessen Beyschlafferin sich fleischlich versündiget hat, wie die Novell. 115. cap. 4. §. 3. redet, unser Articul redet nicht nur vom Vatter, der sich mit des Sohns Frau vermischt, sondern in genere von denen Eltern, die sich mit ihrer Kindern Ehe-Consorten vermischen, und gantz recht, weilen an beyden Eltern das Laster gleich ist. Wie wir schon oben bey dem 2. Articul vers. zum siebenden von denen Kindern, so dergleichen Verbrechen begehen, gesagt haben, weil diß alles was die Enterbungs-Straff betrifft Correlatio ist. Es sagt aber der Art. merckwürdig: Wissentlich, dann, wann der Vatter mit seiner Sohns Frau ohnwissend sich vermischt, vermeynend, es seye eine andere Persohn, so verfallt er in die Enterbungs-Straff nicht, wie wir auch bey dem 2. Art. vers. zum siebenden von dem Sohn gesagt haben, der sich unwissend mit seiner Stieff-Mutter vermischet. quia correlativorum semper eadem ratio est. Die Novella 115. setzt auch bey, daß auch die Enterbung Platz finde, wann der Vatter sich mit seines Sohns Beyschlafferin versündiget, weilen aber der Beyschlaff im Christlichen Gesatz verbotten ist, so sagt unser Articul von diser Enterbungs-Ursach nichts, es scheint daß dise Ursach in unsern Bayrischen Land-Rechten abgebracht worden seye, wie wir schon oben bey dem 2. Art. vers. zum siebenden vom Sohn, der sich mit der Stieff-Mutter vermischt, gesagt haben.

6. Die 4. Enterbungs Ursach ist, wann die Eltern ihre Kinder Testament zu machen in Sachen verbotten und verhindert haben, über welche sie zu testiren berechtiget seynd, wovon wir kurtz zuvor, und öffters in vorgehenden geredt haben. Weil denen Eltern nicht erlaubt seyn soll, denen Kindern zu verbietten, was auch die Kinder denen Eltern nicht verbietten können, aber wie der Kayser redet in dict. Nov. 115. cap. 4. §. 4. Es muß alles wegen dergleichen Verbott der Testamentern wider die Kinder gehalten werden, was wir oben von den Eltern gesagt haben, wohin wir den Leser anweisen.

Die 5. Ursach ist, wann geschieht, daß der Mann seinem Weib oder das Weib dem Mann zum Tod, oder Benemmung des Verstands Gifft gegeben, oder auf andere Weiß dem anderen nach dem Leben gestrebt. Seynd die Wort dict. Novell. 115. mit welcher unser Art. einstimmt. Es ist also bekannt, daß die Kinder nicht allein wegen des Lasters der Vergifftung oder Zauberey, so die Eltern an den Kindern gewagt haben, die Eltern enterben können, sondern auch, wann ein solches Laster, oder ein anderes tödtliches Verbrechen von einem der Eltern dem anderen zugewagt worden, dessen ist die Ursach, weilen denen Kindern obliegt, die Eltern zu beschützen, und die Injuri, welche einem der Eltern zugefügt wird, auch die Kinder angehet, und selbe Theil daran haben, absonderlich, wann solch angemastes Verbrechen seine Würckung erlangt hat, und der unschuldige Ehe-Theil wegen erfolgten Tod, oder benommenen Verstand sich selbsten nicht mehr rächen kan. Hier aber ist wieder zu betrachten, daß beyde Text der Novellæ und unsers Art. allein reden vom blossen Anmassen oder Unternemmen des Lasters, also daß, wann auch die Würckung nicht erfolgt, die Kinder die Eltern enterben können, die solches Laster zu unternemmen sich erfrecht haben, dann wegen Grausamkeit, wie wir kurtz zuvor bey der andern Ursach dises Tituls gesagt haben, ist auch in solchen Verbrechen das blosse Unterstehen und Anmassen straffbar. 7.

Was ist aber Rechtens, wann dergleichen Anmassung und Unternemmen der Obrigkeit bekannt worden, und der schuldige Theil vom Richter Amts halber criminaliter bestrafft worden? Und wir antworten, daß nichts destoweniger denen Kindern das Recht zu enterben verbleiben thue; Aus Ursach, weilen die Obrigkeit die dem gemeinen Weesen zugefügte Injuri rächet, die Kinder aber rächen die privat ihnen in der Persohn des Vatters oder Mutter zugestoßne Injuri, wel-

ches ausdrucklich gesagt wird Novell. 115. cap. 4. §. 5. mit den Worten: Wir befehlen, daß ein solch offentliches Laster rechtmässig untersucht und bestrafft werden müsse, und geben denen Kindern Erlaubnuß, denen Eltern, die solches Laster begangen, in ihren Testamentern nichts zu hinterlassen. Aus welchem abgenommen wird, daß jene Regul, welche einige setzen, daß die Enterbung bey jenen Verbrechen nicht Platz habe, bey welchen ein offentliche Straff gesetzt ist, keinen sattsamen Grund habe, wie wir schon oben vom Laster der Verrätherey und beleydigter Majestät gesagt haben, zumahlen die offentliche Rach die Privat-Injuri nicht aufhebt, dessen Rächung demselben auf gewisse Weiß zugelassen ist, wie bey gegenwärtiger Undanckbarkeit, welche die DD. die Undanckbarkeit per Obliquum nennen, weilen solche in der Persohn der Eltern per obliquum begangen wird, wider die Kinder, in Ansehung diser Ursach denen Kindern das Enterben zugelassen wird. Wir haben gesagt, zugelassen wird, dann die Kinder seynd zu solchem Rach nicht verbunden, wie wir schon öffters ausgelegt haben, weil sie sich ihrer Erlaubnuß frey begeben können.

8. Doch vermeynen wir diß gewiß zu seyn, daß dise Enterbungs-Ursach allein zu verstehen seye von wahren Elteren, dann, wann man setzt, daß mein Vatter der Stieff-Mutter, oder mein Mutter dem Stieff-Vatter Gifft zugebracht, oder ein anderes tödtliches Unternemmen vollbracht habe, so vermeyne ich, ich hab das Recht nicht, meinen Vatter zu enterben, weil die Injuri, welche dem Stieff-Vatter oder meiner Stieff-Mutter zugehet, per Obliquum mich nicht angehet, wo aber die Undanckbarkeit nicht Platz hat, da kan sie auch nicht gerochen werden.

9. Die 6. Enterbungs Ursach ist, wann denen Kindern, oder einem aus ihnen, so von Sinnen kommen, nicht beygesprungen und selbe nicht curiren lassen. dict. Novell. 115. cap. 4. §. 6. Welches unser Art. abermahlen, wie wir oben bey dem 2. Art. vers. zum dreyzehenden gesagt haben, nicht auf die Unsinnige allein einschränckt, sondern auf alle jene Kinder erstreckt, welche die Eltern als kranck, arm, unsinnig, Verstand-loß verlassen, ihnen weder den Unterhalt, Medicin, noch andere Nothdurfft reichen, wie wir in bemeldtem vers. zum dreyzehenden ausgelegt haben, weilen, was allda wegen den Kindern verordnet worden, eben solches auch bey denen Eltern wegen gleicher Schuldigkeit Platz hat, ja mehrers, weilen die Eltern mehrers verbunden zu seyn anscheinen, denen Kindern in solcher Noth beyzuspringen, als die Kinder den Eltern, weilen, wie wir gesagt haben, die Lieb absteiget, und natürlicher Weiß die Eltern die Noth öffters verbindt denen Kindern zu Hülff zu kommen, als die Kinder denen Eltern.

Die 7. Enterbungs Ursach ist die Gefangenschafft, in welcher, wann die Kinder von den Eltern verlassen worden, und gestorben seynd, so können die Eltern solche Kinder auf keine Weiß erben, oder deren Güther ansprechen, über welche die Kinder hätten testiren können: In disen Puncten ist abermahlen alles zu halten, was von den Eltern, oder Befreundten, welche dergleichen Persohnen ab intestato erben, oder von eingesetzten fremden Erben oben gesagt worden. Es muß also der geneigte Leser auf den 2. Art. vers. zum zwölfften zuruck gehen, und hier wieder ex natura correlativorum ersetzen, was alldort weitläuffiger ausgeführt worden. 10.

Eben dises ist zu sagen von der achten und letzten Enterbungs Ursach, wann nemlich das Catholische Kind gemerckt hat, daß seine Eltern nicht Catholisch seyn, daß solche Eltern enterbt werden können, wie in dem 2. Art. vers. zum vierzehenden von den Eltern gesagt worden, wohin sich der geneigte Leser abermahlen zu wenden hat, damit nicht die alte Supp zweymahlen gekocht werden müsse. 11.

Nachdem nun alle Ursachen erzehlt worden, wegen welchen die Eltern die Kinder, und die Kinder die Eltern enterben können, als setzt unser Art. eine ansehnliche allgemeine Exception bey nemlich die Versöhnung, das ist, wie der Art. redet, wann nach begangner Enterbungs Ursach die Kinder sich mit den Eltern, und hingegen die Eltern mit den Kindern versöhnet haben; Wegen welcher Frag schon etwas in vorgehenden enthalten ist; Wir werden ein mehrers der Ordnung nach sagen.

Und zwar das erste ist, daß, weilen die Eltern denen Kindern, oder die Kinder denen Eltern, da noch keine Enterbungs Ursach begangen worden, einander versprechen, daß sie die Enterbung niemahlen thun wollen, solches Versprechen nicht gelte. Suarez com. opin. lit. E. n. 215. Aus Ursach, weilen der künfftige Dolus nicht kan nachgelassen werden, damit man nicht Gelegenheit gebe zum Verbrechen, und die Leuth zum freyeren Sündigen eingeladen werden. Gomez. var. resol. tom. 1. cap. 12. n. 83. 12.

13. Aber andertens, wann von einer schon begangnen Enterbungs Ursach gehandlet wird, welche von denen Eltern denen Kindern, oder von denen Kindern denen Eltern nachzusehen ist, macht unser Art. einen Unterschied, ob die Nachsehung oder in der That die Versöhnung geschehen seye, ehe ein Testament gemacht worden, oder erst nach errichten Testament, und darinn gemachter Enterbung: Im ersten Fall wird durch die Reu die Enterbungs Ursach aufgehoben; Idem Suarez. lit. E. n. 212. Villalob comm. opin. lit. E. n. 143. Clarus §. testamentum quæst. 41. n. 9. Grass. §. testamentum quæst. 42. n. 9. & 10. Und obwohlen erstbemeldte DD. die blosse Reu der undanckbaren Persohn zulassen, wenigist in einigen gewissen Fällen, nemlich wann der Sohn sich zu denen Schmarotzern und Gaucklern gesellet, oder das Ketzerthum verlassen hat. Harp. §. fin. n. 83. & seq. Inst. de exhæred. lib.

14. Doch drittens ist unser Art. mit der blossen Reu nicht zu frieden, sondern erfordert eine ausdruckliche Versöhnung und Verzeichung der Undanckbarkeit, oder der zugefügten Injuri, Krafft der Wort: Solche Aussöhnung soll aber ausdrucklentlich geschehen. Aus Ursach, weilen sonsten die Reu allein im Gewissen die Nachlassung auswürckt, nicht aber die Straff vor der Welt aufhebt, weil durch die Reu bey vollbrachten Verbrechen niemand unschuldig wird, sondern allzeit der Verbrecher verbleibt. L. qui ea mente. 68. ff. de furt. L. penult. ff. de vi bon. rapt. Covar. ad C. Raynut. 16. n. 25.

15. Dessen doch ohneracht 4. vermeynen wir, daß in vorbemeldten zwey Fällen, wann nemlich der Sohn aus Reu von denen Gaucklern und schlechten Leuthen sich abgelassen, oder das Ketzerthum verlassen, und wieder Catholisch worden, für einen Versöhnten zu halten seye, aus Ursach, weilen die Novell. 115. cap. 3. ausdrucklich sagt, wann sie in der alten Profession verblieben und wann sie in alten Ketzerthum verharren. Ist also ein anderes zu sagen, wann sie sich gebessert haben. Lese den Covaru. loc. cit. n. 27. welcher diß weiters extendirt auf alle Ursach, welche directè des Vatters Ehr nicht betrifft, daß durch blosse Reu, wann schon kein ausdruckliche Versöhnung nachgefolgt, die Enterbungs Ursach ausgelöscht werde, welches wir in Zweiffel setzen, weil unser Art. gar keine Enterbungs Ursach ausnimmt, und wir die 10. und 14. in dem 2. Art. allein in Ansehung der Novella 115. zulassen, welche als in einer gehässigen Materi so leicht nicht zu extendiren ist, absonderlich, weil des Covaruviæ Meynung ein gar zu weite Auslegung zulassen könnte.

Der andere Theil des Unterschieds ist 16. in unsern Art. diser, wann die Eltern, oder die Kinder vor erfolgter Aussöhnung würcklich ein Testament, und darinn die Enterbung gemacht haben: In welchem Fall die erfolgende blosse Versöhnung nicht genug ist, sondern wird erfordert, daß der Testirer das zuvor rechtmässig gemachte Testament, und ein anderes rechtmässiges Testament aufgehebt, oder das erste Testament zerrissen, zerschnitten, oder ausgelöscht, oder auf andere approbirte Weiß revocirt habe, wie bey dem 15. Art. des 34. Tit. wir gesagt haben. Es scheint daß diser Unterschied mit jenem über eins komme, was Grass. §. testamentum. quæst. 42. Covar. ad C. Raynutius. 16. n. 24. X. de test. und Perez ad tit. Cod. de lib. præter. n. 15. schreiben, wo sie gleichfalls einen Unterschied machen, ob die Versöhnung vor oder darnach geschehen, ist sie vor geschehen, so hat die Enterbung nicht mehr Platz, wann nur die Versöhnung ausdrucklich geschiehet, und der Vatter sich ausdrucklich erklärt, er habe dem Sohn die Undanckbarkeit geschenckt und nachgelassen. Aus Ursach, weilen durch die Aussöhnung die Enterbungs Ursach ausgelöscht wird, nachdem nun die Ursach nicht mehr verhanden ist, so hebt auch die Würckung von selbsten auf. Ein anderes ist, wann nach der in dem rechtmässigen Testament gemachten Enterbung die Versöhnung erst erfolgt. Aus Ursach, weilen, wann ohneracht des verhandenen Testaments die Enterbung für erlöschen erachtet wurde, der Sohn weder als Erb eingesetzt, noch als Enterbter gefunden wurde, folglich wäre er umgangen, und also das Testament von Rechts wegen null, welches doch, wie wir supponiren, des Testirers Willen nicht, sondern vilmehr der widrige Willen gewesen ist, daß das Testament gelten soll, weil sonsten er gar leicht das Testament zerschneiden, zerreissen, oder auf andere obbesagte erlaubte Weiß hätte entkräfften und zernichten können. Manz. loc. cit. tit. 10. quæst. 12. n. 12.

Der Art. setzt doch bey, daß, obschon 17. die rechtmässige Versöhnung des Vatters mit dem Sohn, oder des Sohns mit dem Vatter erfolgt ist, doch in jenen Enterbungs Ursachen, wo dem Richter auch die offentliche Rach zu nemmen zustehet, ihme das Recht zu straffen nicht benommen werde, aus Ursach, weilen, wie wir oben gesagt haben, auch denen Kin-

Kindern oder Eltern die Enterbungs-Straff verbleibt, wann schon der Magistrat die offentliche Straff fürgenommen, oder solche nachgesehen hat, muß also auch der Obrigkeit das Recht zu straffen ohnbekränckt verbleiben, wann schon die Kinder oder Eltern einander die Enterbungs-Straff nachgelassen haben, mit einem Wort, die offentliche Rach benimmt der Privat-Rach-Nemmung nichts, also auch die Privat-Rach kan der offentlichen Rach-Nemmung nichts benemmen, also auch im Gegenspiel die Nachsehung der offentlichen Rach macht kein Præjudiz der Privat-Vindicirung und auch die Nachsicht der Privat-Rach der offentlichen Rach nichts in Weeg legt.

18. Ob aber ein Münch wegen einer vor dem Eintritt in das Closter begangnen Enterbungs Ursach enterbt werden könne, seynd die DD. strittig, lese den Text in cap. non liceat. fin. caus. 19. quæst. 3. wo Graitanus mit Ja antwortet, und zu Bekräfftigung solcher Meynung die Wort der Novellæ 123. C. nullam 41. anziehet, welche also lauten: Wir geben aber kein Licenz, weder denen Eltern die Söhn, oder denen Söhnen die Eltern, welche in der Welt leben, aber in das Closter gangen als undanckbar von der Erbschafft auszuschliessen. Weilen aber unsers Erachtens diser Text keinen anderen als disen Verstand hat, daß des Vatters oder Sohns Closter Leben nicht für ein rechtmässige Enterbungs Ursach gehalten werden soll, Krafft der Text in L. 55. & L. 56. §. 1. Cod. de Epis. & Cler. Deßwegen wird aus diser Novell jenes nicht erwiesen, was der Gratianus in dict. Can. sagen will, welchen doch anderst defendirt Covar. ad cap. Raynutius in pr. n. 28. wo er sagt, es seye bey Constantino Harmenopelo lib. 5. Epith. tit. 9. zu finden die Novell. 115. mit disen Worten: Die Münch weder die Vätter noch Söhn seyn nicht zu enterben wegen der vor der Profession begangnen Enterbungs Ursach. Weilen aber dise Wort weder in denen gemeinen Exemplarien, noch in des Holoandri Griechischen Novellen zu finden, noch hiervon in unsern Articul eine Meldung geschieht, so glaubeten wir, daß ein solcher Münch wenig bekommen wurde, der ohne Versöhnung wegen blossen Eintritt in das Closter des Vatters oder Sohns Enterbung umstossen, und sich für einen rechtmässigen Erben eindringen wollte.

Des XXXVI. Tituls

Von der Noth-Gebührnuß, und Berechnung derselben.

Erster Articul.

Wann der Kinder vier, oder weniger seyn, so ist die Erb-Gebührnuß, welche die Eltern einem Kind aus schuldiger Nothwendigkeit, ohne alle Bürden, Erbsatzungs Weiß, müssen verordnen, und verlassen, der dritte Theil dessen, was ein Kind über Abzug aller kundlichen, bewußten, richtigen Schulden, zu gleichem Erb-Theil hätte bekommen, wann die Eltern kein Testament gemacht hätten. Seyn aber der Kinder fünff oder mehr, alsdann ist die Noth-Gebührnuß der halbe Theil dessen, was ein Kind zu gleichem Erb-Theil bekommen mögen. Aber der Eltern Noth-Gebührnuß bey ihrer Kindern Guth, ist jederzeit der dritte Theil dessen, was sie sonsten geerbt hätten, wann das Kind kein Testament hätte gemacht, es seyn gleich neben den Eltern, Brüder und Schwester, oder ein Fremder zu Erben eingesetzt.

Sum-

Summaria.

1. In wem der Kinder Noth-Gebühr bestehe?
2. Weilen bey Berechnung der Noth-Gebühr auf die Zahl der Kinder gesehen wird, ob auch das Kind gezehlt werde, so noch in Mutter Leib ist?
3. Wann nur ein Sohn verhanden, was ihm gebühre?
4. Was Rechtens, wann an einem Ort der Brauch ist, daß denen Töchtern von der Erbschafft *ab intestato* weniger als denen Söhnen gebühre, wie die Berechnung der Noth-Gebühr zu machen seye?
5. Warum denen Kindern die Noth-Gebühr ohne Bürde hinterlassen werden müsse?
6. Ob die Noth-Gebühr nothwendig Erb-Einsatz weiß überlassen werden müsse?
7. Ob die Berechnung der Noth-Gebühr geschehen könne, ehe die Schulden abgezogen worden?
8. Ob die Noth-Gebühr man auch denen *Religiosen*, *emancipirten* und *legitimirten* Kindern schuldig seye?
9. Aus was für Güthern der Eltern die Noth-Gebühr bezahlt werden müsse?
10. In wem der Eltern Noth-Gebühr bestehe?
11. Ob denen Eltern von des *Testirers* allen Güthern der dritte Theil gebühre, oder allein der dritte Theil von jener *Portion*, welche sie *ab intestato* erhalten hätten?
12. Was unter solch beyden Fall für ein Unterschied seye, ob nemlich der dritte Theil aller Güther, oder allein der *Portion*, so *ab intestato* zufallt?
13. Ob nicht denen Eltern, wann der *Testirer* keine Brüder oder Schwestern hat, oder wann selbe umgangen worden, der dritte Theil gebühre, von des Verstorbnen gantzen Vermögen?

1. Der erste Articul handlet von deme, in wem der Kinder Noth-Gebühr bestehe, und wird die Regul gemacht, welche auch gemeinen Rechtens ist, daß, wann vier oder weniger seynd, die Noth-Gebühr in dem dritten Theil bestehe, wann aber der Söhn und Töchter fünffe seyn, oder mehr, bestehet die Noth-Gebühr in der Helffte des Vermögens, oder dessen, was jeder ab intestato bekommen hätte, laut der bekannten Versen:

Quatuor aut infra dant natis jura trientem
Semissem verò dant natis quinque vel ultra.

Novell. 18. cap. 1. & auth. novissima. Cod. de inoff. testam.

2. Es muß also erstlich, wie gemeldt worden, bey Berechnung der Noth-Gebühr auf die Zahl der Kinder ohne Unterschied des Geschlechts Manns- oder Weibs-Persohnen gesehen werden; Aus Ursach, weilen alle gleiche Kinder, also auch gleiche Erben seynd, und also ist auch unter die Kinder zu rechnen das schwangere Weib, oder Posthumus. Berlich. part. 3. conclus. 11. n. 3. Cardin. Tusch litt. L. conclus. 183. n. 3. weil der, so noch in Mutter Leib ist, in favorablen Sachen für schon gebohren gehalten wird. L. qui in utero 7. & L. 26. ff. de statu hom. Es liegt aber nichts daran, wir mögen sagen, daß denen Kindern ersten Grads ein Drittel, oder die Helffte aller Güther oder der gantzen Erbschafft, oder jedem ein Drittel von der Portion, so ihme ab intestato getroffen hätte, das ist, wie unser Art. redet: Der halbe oder dritte Theil dessen, wann die Eltern kein Testament gemacht, sie geerbt hätten. Weil diß alles auf eines hinaus kommt.

Was ist aber Rechtens wann 2. nur ein Sohn verhanden ist, gebührt ihm wohl ein Drittel oder die Helffte der Erbschafft? Hierauf wird geantwortet, daß ihm nur ein Drittel gebühre, Krafft des vers. quatuor aut infra weil auch einer in der Zahl unter vieren begrieffen ist, Tusch loc. cit. n. 26. 3.

Was ist aber 3. zu sagen, wann an einem Ort von der ab intestato anfallenden Erbschafft wegen obwaltenden Gewohnheit denen Töchtern weniger als denen Söhnen gebührt, muß wohl die Nothgebühr denen Töchtern dem gemeinen Recht nach, oder nach Innhalt der obwaltenden Gewohnheit, oder Statuti angerechnet werden? Und in diser Frag seynd die DD. nicht einig. Sihe den Berlich. lib. 3. conclus. 11. n. 1. wir sagen, daß nach unsern gegenwärthigen Art. die Berechnung der Nothgebühr geschehen müsse nicht dem Drittel oder der Helffte nach von der Erbschafft, sonder nach der Portion, welche die Tochter bekommen hätte, wann sie ohne Testament geerbt hätte. Aus Ursach, weilen, obwohlen, wie gesagt worden, auf eines hinaus kommt, ob die Kinder ein Drittel oder die Helffte von der ihnen ab intestato betreffenden Erbschaffts Portion, oder von dem Drittel oder Helffte der gantzen Erbschafft haben, so lehret doch die natürliche Vernunfft, daß diß allein zu verstehen seye, wo die Kinder gleich erben. Wann aber unter Söhnen und Töchtern Krafft des Statuti oder Gewohnheit bey der Erbnahm ein Unterschied ist, so zweiflen wir mit Berlich und andern allda citirten nicht, daß auch solcher bey Berechnung der Noth-Gebühr beobacht werden müsse. 4.

müsse. Und wir glauben, daß hierauf unser Art. gesehen habe, weil er die Berechnung oder Nothgebühr nach der Portion macht, welche eines aus den Kindern ab intestato wurde gehabt haben, und nicht nach dem Drittel oder nach der Helffte der Erbschafft.

Man wird fragen, was dise Frag für einen Nutzen bringe? Wir antworten, einen sehr grossen: Dann setze den Fall, daß in Bayrn an einem Ort der Brauch seye, daß die Kinder männlichen Geschlechts aus der Eltern Erbschafft ab intestato allzeit noch so vil als die Töchtern bekommen, zum Exempel wann 4. Kinder seynd, zwey Söhn und zwey Töchtern, und die Erbschafft bestehet in 12000. fl. alsdann ist an sich selbsten klar, daß denen Söhnen von der Erbschafft 8000. fl., denen Töchtern aber nur 4000. fl. gebühren. ligt also sehr vil daran, ob bey Berechnung der Nothgebühr der Töchtern Portionen nach dem Drittel der gantzen Erbschafft, oder nach dem Drittel der ab intestato betreffenden Portionen. Dann aus denen Reglen der Arithmetic macht in dem ersten Fall ein Drittel der Erbschafft 4000. fl. aus, also daß dem gemeinen Recht nach jeder aus den 4. Kindern 1000. fl. für sein Nothgebühr gehabt haben wurde. In dem andern Fall aber, weil denen Töchtern ab intestato mehr nicht dann 2000. fl. betreffen, gebühren jeder Tochter anstatt der Nothgebür nur 666. fl. 40 kr. welches ja ein grosser und merckwürdiger Unterschied ist: Diß haben wir nicht umgehen wollen, obwohlen uns von einer dergleichen in unsern Vatterland obwaltenden Gewohnheit nichts bekannt ist.

5. Es muß aber 4. die Nothgebühr denen Kindern ohne alle Bürde hinterlassen werden, also lauthen die Wort unsers Art. ohne alle Burden. Grass. §. legitima. quæst. 38. n. 2. aus Ursach, weilen ihnen die Nothgebür aus natürlichen Recht gebührt, welche unser Art. ein nothwendige Schuldigkeit nennet. So wenig nun solche vom Testirer kan gemindert werden, so wenig kan sie auch beschwehrt werden, weilen eben darum, wann sie beschwehrt wurde, sie weniger oder schlechter wäre. L. quoniam 32. Cod. de inoff. test. Es ist aber in des Testirers Gewalt nicht, die Nothgebür denen Kindern zu schmähleren, also auch nicht selbe zu beschwehrn, lauth des Sprichworts: Welchen der Testirer nicht geehrt hat, den kan er auch nicht beschwehren. Novella 18. cap. 3. L. si quando §. fin. Cod. de inoff. test. Und obwohlen vor Altem jener, dem die Nothgebür mit einer Bürde hinterlassen worden, die Querelam inofficiosi ergreiffen müssen, so wird doch heut die Bürde von Rechtswegen so gleich abgenommen, und verworffen, nicht anderst, als wann die Bürde nicht wäre beygesetzt worden. L. scimus. 36. §. 1. L. quoniam 32. Cod. de inoff. test. Berlich. part. 3. conclus. 14. n. 5. Gomez var. resol. cap. 11. n. 24. Gail 2. obs. 119. n. 2. Wo sie die Kinder denen wahren Glaubigern gleich halten, und diß ist zu verstehen von aller Bürde, es mag solche in der That oder sonst geschehen, wie sie wolle. Dann es wird alle Condition, Verschub, und all andere widrige Verordnung verworffen, nicht anderst, als wann nichts davon im Testament wäre gemeldet worden, wie wir von disen allen ein mehrers reden werden in dem 11. Art. dises Tit.

Fünfftens ist nothwendig, daß die Nothgebür Titulo institutionis honorabili Erbsatzungs-Weiß hinterlassen werwerde, wovon wir in nachfolgenden 5. Art. handlen werden. Aus Ursach, weil wir in vorgehenden schon gesagt haben, daß die Kinder nahmentlich als Erben einzusetzen, oder zu enterben seyn bey Straff der Nullität des Testaments, weilen diß zur Substanz und Form des Testaments eingeführt worden, daß die Kinder entweders als Erben eingesetzt, oder nahmentlich enterbt werden sollen, auf solche Weiß, wie wir oben ausgelegt haben. Vid. Berlich. part. 3. conclus. 16. n. 18. Duar. ad tit. de lib. & posth. hæred. inst. cap. 3. §. quantum vers cùm igitur. Covar. ad cap. Raynutius 16. n. 5. weilen aber man denen Kindern die gantze Erbschafft nicht schuldig ist, sonder allein eine von denen Gesatzen ausgeworffene Portion, welche wir die Nothgebür nennen, so folgt nothwendig, daß solche Erbsatz-Weiß geschehen müsse. Wovon bald hernach mehrers folgen wird. 6.

Es wird 6. erfordert, daß jedoch vor der Anrechnung der Nothgebühr die Schulden müssen abgezogen werden, über Abzug der kundlichen, wissentlichen, und richtigen Schulden, weil keine Erbschafft ist, ausser nach abgezognen Schulden, und wird gemeiniglich gesagt, daß denen Erben jenes nicht zugehen könne, was der Testirer nicht im Vermögen gehabt hat, aber die Schulden seynd in des Testirers Vermögen nicht, müssen also vor der Nothgebührs Verrechnung abgezogen werden, Krafft des ausdrucklichen Text in L. Papinianus 4. §. quarta autem ff. de inoff. test. wo auch die Leicht Unkösten unter die Schulden gerechnet werden. 7.

8. Und diß 7. erstreckt sich nicht allein auf die weltliche Söhn und Töchter, sonder auch auf die Geistliche Ordens-Persohne, wann nur das Kloster in Gemein-Güther zu haben fehig ist. Tusch. lit. L. conclus. 182. n. 20. Die Ursach ist, weil das Kloster für den Sohn und Erben gehalten wird. Layman. de ult. volunt. cap. 3. n. 7.

Weiters wird diß extendirt auf alle Söhn und Töchter, sie mögen noch in Vätterlichen Gewalt stehen oder nicht. Tusch. loc. cit. n. 19. Gomez tom. 1. cap. 11. n. 34. vers sed his. Ob aber auch die Nothgebühr denen nachgehends legitimirten Kindern gebühre? Werden wir bey dem 39. Tit. sagen, und deßwegen thun wir von der Meynung der Gelehrten abstrahiren.

9. Diß erstreckt sich 9. daß Regulmässig, der die Nothgebühr aus allen der Eltern eigenthumlichen Güthern gegeben werden müsse, sie mögen so groß, oder sonst beschaffen seyn, als sie wollen, Auth. novissima. Cod. de inoff. test. Berlich. lib. 3. conclus. 11. n. 15. von beweg- und unbeweglichen, auch Krafft viler Meynung aus denen Güthern, welche wegen der Eltern Verbrechen confiscirt worden. Tusch. lit. L. n. 189. farinac. lib. 1. tit. 3. quæst. 24. n. 39. & seq. Clarus lib. 5. §. ult. quæst. 78. n. 26. wovon zu reden in dem Malefiz Procefs sich Gelegenheit geben wird. Ja auch von denen Erb-Rechten, veranleithen Frey-Stüfften, und Leib-Rechten Güthern, weilen in disen allen Gattungen die Erbschafft Platz hat, was aber unter die Erbschafft fallet, das ist dem Abzug der Nothgebühr unterworffen. Tusch. concl. 195. n. 35. Und diß ist bey uns unter gemeinen Leuthen eine tägliche Sach.

Was aber von Lehen-Güthern zu sagen seye, das verschieben wir auf unser Eechyridion des Bayrischen Lehen-Rechts, wo wir die Gewohnheit unseres Lehen-Hoffs weitläuffiger auslegen werden.

10. Und diß ist gesagt worden von der Qualität der Nothgebühr, welche denen Kinderen gebührt. Was ist aber zu sagen von der Nothgebühr, welche denen Eltern zustehet? Hierauf antwortet unser Art. Daß der Eltern Nothgebühr in der Kinder Güthern allzeit der dritte Theil, oder der Drittel dessen seye, was die Eltern aus der Erbschafft erhalten hätten, wann die Kinder kein Testament gemacht hätten. Dise Verordnung zu verstehen ist zu wissen, daß dem alten Recht nach in jedwedern Fall allein der vierte Theil, oder ein Virtl dessen gewesen, was einer ab intestato bekommen hätte. §. sed hæc 3. & §. igitur fin. Inst. de inoff. testam. L. Papinianus 8. §. si quis 6. ff. eod. L. parentibus 8. L. quæ nuper 31. & L. 36. §. 1. Cod. eod. Nachdeme aber vom Kayser Justiniano die Nothgebühr auf solche Weiß, wie wir erst gesagt haben, in Novell. 18. & in auth. novissima Cod. de inoff. test. vermehrt worden, also daß vier Kindern, oder wenigern ein Drittel, fünff oder mehr Kindern aber die Helffte von der gantzen Erbschafft, oder vilmehr von jener Portion, welche einer ab intestato bekommen hätte, so ist unter denen Rechts-Gelehrten ein Stritt entstanden, ob eben dises Argument der Nothgebühr auch denen Eltern zu Gutem komme? Die Ursach zu zweifflen ist gewesen, weilen bemelte Novell 18. vom Drittel, und Helffte besonders nur wegen denen Kindern geschriben worden, und nicht von denen Elteren, weilen jedoch in dict. cap. 1. beygesetzt wird: Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso Lege decreta est, so thun insgemein die Rechts-Gelehrte eben dises Argument auch auf der Eltern Nothgebühr erstrecken. Vid. Berlich. dict. part. 3. Conclus. 12. n. 42. Wesenc. §. 3. n. 6. Inst. de Inoff. test. Fachi. L. 4. controv. cap. 28. Mynsing. ibidem ad §. fin. n. 7. Perez ibidem quæst. quid per quartam. und andere mehr. Welches unser Art. ausdrucklich approbirt hat.

Warum aber sagt unser Art. daß der Eltern Nothgebühr ohne Unterschied allzeit ein Drittel seye, wo doch vorbesagter massen die Nothgebühr der Kinder zu Zeit nach Anzahl der Kinder in der Helffte bestehet? Und wir antworten, dessen seye die Ursach, weilen in der auffsteigenden Lini so vil Persohnen nicht zusammen kommen können, wie in der absteigenden Lini, dann man wird off in einer ehe 10. 12. ja 15. Kinder antreffen, wo sich doch gar selten ergibt, daß vier Persohnen von der auffsteigenden Lini verhanden seynd, welchen ja mehr als ein Drittel nicht gebührt, weilen denen Kindern selbsten, wann sie nur viere seynd, mehr nicht gebührt.

Was ist aber Rechtens, wann man sagt, es könne geschehen, daß in der aufsteigenden Lini mehrer als 4. Persohnen übrig seyen? Und wir antworten, daß in solchem fremde, und alsdann sich zutragenden Casu, wann die erste Welt Jahr hundert wider kommen, disen allen mehr nicht als ein Drittl zu zu eignen seye, weil unser Art. das Wort jederzeit braucht, dann die Gesatz werden auf gewohn-

wohn-

wohnliche Sachen, und nicht auf dergleichen fremde Casus applicirt.

11. Merckwürdig 10. setzt unser Art. bey, daß der dritte Theil nicht von gantzer Erbschafft, sonder von jener Erbs-Portion denen Eltern gebühre, welchen sie gehabt hätten, wann sie ohne Errichtung eines Testaments geerbt hätten, es mögen im Testament mit ihnen Eltern des Testirers Brüder und Schwestern, oder einer oder mehrer gantz Fremde als Erben eingesetzt worden seyn.

Was den Fall, da fremde Erben eingesetzt worden, anbetrifft, villeicht weil der Testirer Brüder und Schwestern nicht gehabt, sondern ein eintziger Sohn der Eltern gewesen, so kommt die Sach zwar, wie wir oben gesagt haben, auf eines hinaus, man mag sagen, daß denen Eltern von des Testirers allen Vermögen ein Drittel, oder ein Drittel von jener Portion gebühre, welche sie ab intestato bekommen hätten. Dann setze, daß der Sohn in seinem Vermögen 12000. fl. gehabt habe; Wann die Eltern ab intestato geerbt hätten, so hätte ein jedes derselben die Helffte der Erbschafft mit 6000. fl. erhalten; welche in drey Theil vertheilt zur Nothgebühr 2000. fl. ausmachen. Wann man aber die gantze Verlassenschafft der 12000. fl. in drey Theil abgetheilet, so zeiget sich, daß denen Elter zur Nothgebühr 4000. fl. gebühren, und jedem zu seinem Theil 2000. fl. zu fallen, welches eins ist.

12. Wann man aber setzt, daß der Testirer neben denen Eltern auch 4. Brüder oder Schwestern gehabt, und in seinen Testament die Eltern in der Nothgebühr eingesetzt habe, die Brüder oder Schwestern aber in all übrigen Vermögen. So ist die Frag, ob die denen Eltern gebührende Nothgebühr ein Drittel von des verstorbnen Sohn gantzer Verlassenschafft, oder ein Drittel seye, von jener Portion, welche jedes aus den Eltern ab intestato bekommen hätte? Dann es ist unter beyden ein sehr grosser Unterschied, dann wir wollen das vorige Exempel widerhollen, wann die gantze Erbschafft in 12000. fl. bestehet, so macht ein Drittel des gantzen Vermögens 4000. fl. aus, wovon jedes der Eltern 2000. fl. bekommt. Wann aber denen Eltern allein ein Drittel von jener Portion gebührt, welche sie ab intestato bekommen hätten, so 2000. fl. gewest wären, so folget, daß jedes der Eltern nur 666. fl. 20. kr. bekommen werde.

Nun ist die Frag, warum diß? Und wir antworten, weilen mit denen Elteren auch die Brüder und Schwesteren dem neuisten Recht nach zugleich zur Erbschafft ab intestato zugelassen werden, wie wir unten von Erbschafften ohne Testament mit mehrern reden werden, welche gleichformige Erbschaffts-Nemmung verursacht, daß der Eltern nach der Portion, so sie ab intestato erhalten hätten, angerechnetes Drittel um so vil gemindert werde. Man muß sich also vor jener Regul hietten, welche einige glathin setzen, daß ein Drittl allzeit ein dritter Theil, oder die Helffte alles Vermögens, oder der ab intestato zufallenden Portion seye, weilen, wie schon oben wie bey den Kindern, und hier wegen der Eltern zeigen, sich Fäll zu tragen können, in welchen sich diß nicht wahr befindet. Wir wissen zwar, daß unter den DD. dem gemeinen Recht nach ein Zweiffel seye, ab in solchem Fall, wo Brüder und Schwestern mit denen Eltern verhanden, auf solche Weiß, wie wir im Exempel vorgestellt haben, der Eltern Nothgebühr nach der Quantität der gantzen Erbschafft, oder nach der Portion, so man ab intestato bekommete, abgemessen werden müsse? Wie zu sehen ist bey Fachin. lib. 4. cap. 29. Grass. §. legitima quæst. 8. in f. Card. Tusch lit. L. conclus. 183. n. 29. Berlich. part. 3. conclus. 12. n. 53. weilen aber Novell. 18. cap. 1. unsers erachtens klar genug verordnet, daß denen Eltern und Kindern künfftig der Drittl für ihr Nothgebühr gereicht werden müsse, wo zuvor das Viertl gereicht werden müssen, so folgt nothwendig, daß man allein das Drittel von der ab intestato anfellenden Portion schuldig seye: Dann vor Altem müste das Viertl angerechnet werden nach der Portion, welche man ab intestato bekommen hätte. L. Papinianus §. si quis ff. de inoff. test. Muß also auch das jetzige Dritte also angerechnet werden. Hernach wann der Sohn die Eltern in der Nothgebühr als Erben eingesetzt hat, die Brüder und Schwestern aber in übrigen Vermögen, so scheint, er habe auf die Brüder und Schwestern ein grössers Absehen gehabt, als auf die Eltern, villeicht weilen die Eltern reich, die Brüder und Schwestern aber arm waren. Wann also denen Elteren für die Nothgebühr ein Drittel von der gantzen Verlassenschafft gebührete, so bekommete eines aus den Eltern mehr, als einer aus den Brüderen oder Schwestern, welches wider das Absehen und Willen des Testirers, und also nicht zu gestatten wäre.

Unser Art. redet allein von Brüdern 13. und Schwestern, welche zugleich mit denen Eltern im Testament eingesetzt worden.

den. Dann ein anders ist, wann Brüder und Schwestern verhanden, vom Verstorbnen aber umgangen, und ein Fremder als Erb eingesetzt worden, weil sodann die Berechnung der Nothgebühr für die Eltern auf das Drittel der gantzen Verlassenschafft zu machen ist, nicht anderst, als wann kein Bruder oder Schwester verhanden wäre. Aus Ursach, weil die Umgehung der Brüder und Schwestern für eine Enterbung gehalten wird, und die Enterbte keinen Theil machen, sonder für Todte gehalten werden. Gleichwie nun denen Eltern, wann keine Brüder oder Schwestern verhanden ein Drittel von der gantzen Verlassenschafft gebührt, also auch gebührt ihnen solches Drittel, wann die Brüder und Schwesteren umgangen worden. Hat also eben ein gleiches Platz, wann nach denen Statuten eines Orts die Brüder und Schwestern von denen Eltern von der Erbschafft des Mit-Bruders oder Mitschwesters gantz ausgeschlossen werden, oder wann sie mit ausdrucklichen Worten vom Testirer selbst für ausgeschlossen erklärt werden. Hartm. Harm. tit. 43. lib. 2. obs. 6. n. 13. Berlich. loc. cit. conclus. 12. n. 51. Grass. §. legitima quæst. 8. Tusch. lit. L. conclus. 183. n. 29. & conclus. 185. n. 19.

Der anderte Articul.

Wo die Eltern neben ihren Kindern auch Encklen von einem zuvor verstorbenen Kind, oder auch gar kein Kind, sonder allein Encklen, von mehr unterschiedlichen zuvor verstorbenen Kindern hinterlassen, so stehen solche Encklen von einem Kind herkommend, ihr seynd vil oder wenig, an ihres Vatters, oder Mutters Statt, und werden in Berechnung der Legitimæ nur für ein Persohn gehalten. Wären aber allein von einem Sohn oder Tochter etliche Encklen, aber sonsten kein Kind, oder keine andere Enicklen, von einem andern Kind verhanden, so werden solche Encklen in die Häupter gezehlt, also zu verstehen, wann derselben vier oder darunter, daß die Nothgebührnuß eines jeden der dritte Theil dessen seyn, was sonsten ein jedes von seinem Anherrn, oder Anfrauen wurde geerbt haben, wann sie kein Testament gemacht hätten.

Summaria.

1. In wem der Encklen Nothgebühr bestehe?
2. Was Rechtens, wann neben denen Encklen auch der Eltern Brüder und Schwestern verhanden?
3. Was Rechtens, wann allein Encklen verhanden?
4. Oder wann allein die Encklen verhanden, aber von unterschidlichen Eltern, in wem ihr *Legitima* bestehe?
5. Ob nach des Vatters Todt die Enckle den Anherrn in *Capita* oder *Stirpes* Erben?

1. Bißhero haben wir allzeit von der Nothgebühr der Kindern ersten Grads gered, jetzt handlet diser Art. von der Nothgebühr der Encklen, und macht jenen bekanten Unterschied des gemeinen Rechts, ob nemlich allein Encklen verhanden, oder mit ihnen auch Vatters oder Mutters Brüder oder Schwestern. Der andere Unterschied ist, ob allein Encklen verhanden seyen aus einem Sohn oder Tochter, oder aus mehr Söhnen oder Töchtern.

2. In dem ersten Fall, wann die Encklen neben Vatters oder Mutters Brüdern oder Schwestern verhanden, das ist, wann die Eltern neben denen Söhnen oder Töchtern auch Encklen aus einem anderen verstorbenen Sohn oder Tochter hinterlassen, alsdann tretten solche Encklen, sie seyn wenig oder vil, in die Stell des Vatters oder Mutters ein, und bey Berechnung der Legitimæ werden sie nur für ein Persohn gerechnet. Berlich part. 3. conclus. 12. n. 37. Zum Exempel: der Titius hinterlaßt zwey Söhn, und aus einem verstorbnen Sohn oder Tochter 4. Encklen, daß in der That 6. Persohnen seyn, welche den Titium erben. Nun ist die Frag, in wem jedes sen Legitima bestehe? Und es wird geantwortet, nicht die Helffte sonder nur das

das Drittel, aus Ursach, weilen die 4. Encklen, so vom Sohn oder Tochter verhanden, nur für ein Persohn gerechnet werden, daß sie ihren Vatter oder Mutter represeniren, und in der Stell eintretten. Dahero in dem gemachten Exempel, wann die gantze Erbschafft in 12000. fl. bestehet, dise 6. Persohnen mehr nicht als 4000. fl. für die Nothgebühr bekommen, so in 3. Theil zu vertheilen ist, deren zwey denen Söhnen, und der Dritte denen Encklen zufallt, so wider unter ihnen in gleichen Theilen zu vertheilen ist.

3. In dem anderen Fall, wann die Encklen ohne Vatters oder Mütters Geschwisterte verhanden, ist zu sehen, ob solche Encklen aus einem Sohn oder Tochter allein seyen? Und alsdann werden sie den Köpfen nach gezehlt, das ist, daß, wann ihrer 4. seynd, oder weniger, sie ein Drittel von der Erbschafft ziehen, seynd sie aber 5. oder mehr die Helffte. Idem Berlich. loc. cit. n. 37. & 38. Aus Ursach, weilen in disem Fall die Encklen in eigner Persohn, und nicht in der Persohn der Eltern erben.

4. Ein anders ist, wann zwar die Encklen allein seyn, aber von unsern Geschwisterten herstammen, zum Exempel der Titius hat einen Sohn und einer Tochter gehabt, nach deren Verabsterben siben Encklen verbliben, 4. vom Sohn, und 3. von der Tochter, und also in der That siben Persohnen, weilen aber dise siben Persohnen nicht dem Kopf nach erben, sonder in Stirpes in ihrer Eltern Stand eintretten, deßwegen werden sie nur für zwey Persohnen gerechnet, denen nicht die Helffte, sonder das Drittel von der Erbschafft für ihre Nothgebür zustehet. Und diß ist der gantze Begriff diß unsers Art. dessen ist dise Ursach, weil die Nothgebühr regulirt wird nach der Erbnahm ab intastato, gleichwie wir aber an seinem Ort sehen werden, daß wann die Encklen aus einem eintzigen Sohn, oder Tochter, wann keine Vatters oder Mutters Brüder oder Schwestern verhanden, den Köpffen nach erben, und wann Vatters oder Mutters Brüder oder Schwestern verhanden, oder nach Vorabsterben geschwistert Kinder übrig seynd, in Stirpes Erben, also auch bey Berechnung der Nothgebühr die Zahl gezogen werden muß.

5. Was ist aber Rechtens, wann der Vatter, der nur einen Sohn hatte, ihne zum Erben im Drittel eingesetzt hat, diser aber vor dem Vatter verstirbt, mit Hinterlassung 5. Encklen, können wohl dise 5. Enckle aus des Anhern Verlassenschafft für ihre Nothgebühr die Helffte fordern? Es scheinet nein, weilen ihrem Vatter nur das Drittel für sein Nothgebühr angewiesen worden. Dessen doch ohnerachtet sagen wir, daß denen Encklen für ihre Nothgebühr die Helffte gebühre, aus Ursach, weilen nach des Vatters Todt die Encklen in eigner Persohn und Recht in die Köpf den Anherrn erben, weilen nun sie 5. seynd, so hat die Regul Platz, dant quinque jura semissem, fünfften gebührt der halbe Theil. Gleichwie, wann der Sohn den Vatter nur um ein Stund überlebt hätte, die 5. Enckle nur das Drittel wurden gehabt haben, weil die Encklen nicht erben können, so lang ihr Vatter lebt. Vid. Manz, de test. tit. 12. quæst. 5. n. 8. & 9.

Der dritte Articul.

Wiewohl einem Kind sein Nothgebührnuß in allen seiner Eltern Gütern gebührt, so haben doch die Eltern wohl Macht und Recht einem Kind sein Nothgebührnuß, an Geld oder gewissen Stucken zu verordnen, doch daß solch Geld oder Stuck den rechten Werth der Legitimæ, auf rechte und gleichmässige Schätzung der andern Verlassenschafft erreiche.

Summaria.

1. Ob die Nothgebühr der Kinder könne an parn Geld, oder in einer beweglichen Sach angewisen werden?
2. Was Rechtens, wann der Vatter dem Sohn ein gewisse Sach anweiset, welche die Nothgebühr nicht ausmacht, ob der Uberrest dem Sohn gebühre?
3. Ob die Nothgebühr denen Kindern aus dem Vätterlichen Vermögen gegeben werden müsse, oder ob der fremde Erb aus eignen Mittlen solche bezahlen könne?

1. In disem Art. wird ein eintzige Frag erertert, ob der Kinder Nothgebühr könne an parn Geld oder in einer gewissen Sach, oder einigen Güthern, kostbaren Mobilien, oder in andern Gerethschafft angewisen werden? Dem gemeinen Recht nach ist dise Frag schwehr, aus Ursach, weilen dem gemeinen Recht nach die Nothgebühr denen Kindern aus dem Vätterlichen Vermögen zustehet, weilen nun das Vätterliche Vermögen, wie wir dafür halten, nicht allein in parn Geld, in diser oder jener beweglichen oder unbeweglichen Sach, sonder in vil andern theilbahren Sachen, so scheinet, daß die Nothgebührnuß-Berechnung also zu machen seye, damit die Kinder von dem Vätterlichen gantzen Vermögen, das ist, von allen theilbaren Sachen das Drittel oder die Helffte erhalten; bey denen Erbs-Theilungen ab intestato ist meistens der Brauch, daß die Kinder erstlich das Geld, so dann das Golt- und Silber-Geschmeid, Zinn, Kupfer, und anderes, und entlich die theilbare ligende Güther vertheilen. Gleichwie nun die Abtheilung ab intestato zu geschehen pflegt, also auch scheint, daß sie also zu machen seye wegen der Nothgebühr, weilen dise besagter massen nach dem Drittel oder der Helffte dessen angerechnet wird, was einer ab intestato geerbt haben wurde. Grassus sagt nicht übel, daß das Geld nicht allzeit das beste aus denen Mittlen der Elteren seye, dann daß Geld ist von solchen Sachen, welche nicht können aufbehalten werden, und es wird leicht verzehrt, und absonderlich zu jetziger Zeit seyn sehr vile, welche solches unfruchtbar in der Cassa ligen lassen müssen, weilen sie kein Gelegenheit ligende und fruchtbare Güther zu kauffen haben. Gleichwie nun wir oben gesagt haben, daß die Legitima auf keine Weiß, mit keiner Condition, oder sonsten beladen werden könne, also auch scheinet, daß denen Kindern weder das Geld, noch ein andere Sach für ihr Nothgebühr aufgetrungen werden könne. Und also behaupten Grass. §. Legitima quæst. 15. & 17. n 2. Fachin. lib. 4. cont. cap. 33. Gabr. comm. conclus. lib. 6. de legitima conclus. 1. dessen doch ohnerachtet, thut unser Art. das Widerspiel verordnen, daß die Eltern ihren Kindern ihre Nothgebühr entweders in paren Geld, oder in andern Sachen hinterlassen können, wann nur jenes, was hinterlassen wird, die Nothgebühr auf den letzten Heller ausmacht; die Ursach ist, weil dem Vatter frey stehet, sein gantzes Vermägen zu Geld zu machen, warum solle also ihme auch nicht frey stehen, seinen Kindern die Nothgebühr in Geld zu hinterlassen? Hernach, obwohlen denen Kindern von der Eltern Vermögen die Legitima gebührt, so ist doch auch das zur Nothgebühr angewisne Geld oder andere Sach aus der Eltern Vermögen. Endlich wann ein jede Sach aus der Erbschafft der Abtheilung unterworffen wäre, solche Abtheilung gantz unnutzlich und ohnmöglich seyn wurde, weil sehr vile Sachen seynd, so nicht abgetheilt werden können. Und dahero ist die gemeine Arth, welche bey Abtheilungen so wohl aus einem Testament als ab intestato beobachtet wird, daß man eine Erbschaffts Massam nach zusammen gerechneten samentlichen Erbschaffts Sachen mache, aus welcher vor allem die Schulden bezahlt werden, unter welche auch der Kinder Nothgebühr, und Leicht Kösten gezehlt, und der Rest endlich dem rechtmässigen Erben zugestellt wird. Wir wissen jedoch, daß dergleichen Abtheilungen selten ohne Stritt abgehen, weil ein jeder aus den Erben allzeit vermeynt, des andern Kuh habe ein grösseres Uyter. Gewiß aus der Vätterlichen Verlassenschafft gebührt denen Kinderen für die Nothgebühr nicht das Beste, noch das Schlechtiste, sonder das Mittlere, wie bey Grass. loc. cit. zu sehen ist. Uber disen Sentenz ist zu lesen Menoch. de arbit. Jud. quæst. cas. 163. per totum.

2. Was ist aber Rechtens, wann der Vatter dem Sohn die Nothgebühr in einer Erbschafftlichen Sach angewisen hat, welche die Legitimam nicht ausmacht? Und es wird geantwortet, daß dem Sohn das Recht ersetzt werden müsse aus anderen erbschafftlichen Sachen, nach Ermässigung des Richters. Grass, quæst. 15. n. 4.

3. Und was ist Rechtens, wann der Vatter dem neben denen mit der Legitima eingesetzten Kindern benannten fremden Erben auferladen hat, daß er denen Kindern die Nothgebühr bezahlen solle? Und Menoch. loc. cit. macht seinen Unterschied, ob der fremde Erb aus des Testirers Verlassenschafft Geld bekommen habe oder nicht? Im ersten Fall, wird darfür gehalten, daß die Söhn in solcher Quantitæt directè als Erben eingesetzt worden, und wann solche die Nothgebühr just ausmacht, so seye dem Gesatz ein Genügen geschehen; Wann aber der Testirer kein Geld hinterlassen, sonder den Erben allein beladen hat, daß er denen Kindern von seinem Geld die Nothgebühr bezahlen soll, so vermeynt Menochius, daß dise Disposition der Rechts Verordnung nicht gemeß seye, weilen denen Kindern von

von denen Eltern und nicht von fremden Mittlen die Nothgebühr zugehörig ist.

Und dahero vermeynt eben Menochius, daß auch dise Verordnung unnutzlich seye, wann der Vatter den eingesetzten fremden Erben verbindet, daß er von seinen eignen Mittlen seinen Kindern in gewissen Sachen, oder Güthern geben, er aber des Testirers gantze Verlassenschafft allein behalten solle, weilen villeicht er aus gewissen Ursachen solche Unvertheil zu verbleiben haben will: Zumahlen auf solche Weiß die Kinder vom Vätterlichen Erb nichts empfangeten; Welches zwar in der That wahr ist, ob aber dise so strenge Auslegung unserem Art. ähnlig seye, zweifflen wir sehr, weil er allein erfordert, daß die Kinder ihr Nothgebühr ohne Abbruch, Condition, oder Bürde empfangen sollen, auch mit keinem Wort sagt, daß solche aus der Vätterlichen Substanz bestehen müsse. Kurtz zuvor haben wir gesagt, dem Vatter erlaubt zu seyn, daß er vor dem Todt alle Güther zu Geld machen könne, warum nun soll er nicht auch einem eingesetzten fremden Erben solche Güther mit der Obligation überlassen können, daß denen Kindern die Nothgebühr gegeben werden soll, wann nur die Kinder sich nicht beschwehren können, daß ihnen an der Nohgebühr was abgehe? Mit einem Wort unser Art. thut zu Abwendung der Strittigkeiten allein verordnen, daß die Kinder ihre Nothgebühr völlig bekommen sollen, steckt auch nicht aus, aus was für Mittlen solche herkommen solle. Ist also genug, wann nur die Kinder sich nicht beklagen können, zu wenig erhalten zu haben. Dann wie ungeschickt wäre es, wann der Vatter denen Kindern für die Nothgebühr ein gewisses Stuck Geld hinterlassen hat, welches der eingesetzte fremde Erb mit seinem Geld von gleichen Schlag und Sorten vermischt hat, daß die Kinder also die ohnmögliche Absönderung begehrten? Wann also die Gesatz sagen, daß denen Kindern die Nothgebühr aus Vätterlichen Substanz gebühren, so seynd sie mit Vernunfft zu verstehen, das ist, daß ihnen der Vätterlichen Substanz nach nichts abgehe, dann was die Nothgebühr betrifft, seynd die Kinder wie die Glaubiger, die Glaubiger aber müssen zufrieden seyn, von wem immer sie die rechtmässige Bezahlung in Nahmen des Schuldners bekommen; und kan gantz recht gesagt werden, das alles wir selbsten thun, was in unsern Nahmen von anderen geschieht.

Der vierte Articul.

Ein jedes Kind soll sein Nothgebührnuß, zumahl an dem Eigenthum, und an der Nutz-Niessung ungeschmälert haben, daher, wann gleich ein Vatter oder Mutter, einem Kind das Eigenthum aller verlassenen Haab, aber einem andern die Nutz-Niessung, oder hergegen einem Kind die Nutz-Niessung aller Güther, einem andern abre das Eigenthum derselben verschafft, und vermacht hätte, so ist doch kein Kind schuldig, daß eine oder der andere für sein Nothgebührnuß anzunemmen, sondern es soll damit also gehalten werden.

Nemlichen wann einem Kind allein das Eigenthum wäre geordnet, so bleibt ihme gleichwohl solch Eigenthum, es übertreffe die Legitimam, so weit es immer sein mag, aber als vil im Eigenthum die Legitima treffen thut, als vil muß man ihme darzu in der Nutz-Niessung folgen lassen, aber die übrige Nutz-Niessung bleibt alsdann deme, welchem es der Testirer verschafft hat; Hingegen da einem andern alles Eigenthum, aber einem Kind allein die Nutz-Niessung wäre verordnet, so muß dem Kind auch in dem Eigenthum die Legitima gegeben werden, und bleibt ihme dannoch die Nutz-Niessung völlig, doch ist solches zu verstehen, wann neben den Kindern fremde Persohnen zu Erben gesetzt wären, dann in Fall Brüder oder Schwestern seine Mit-Erben wären, muß deren jedem die Nothgebührnuß samtlich, so wohl im Eigenthum, als Nutz-Niessung gegeben werden.

Sum-

Summaria.

1. Ob die Eltern ihren Kinderen die Nothgebühr in der blossen Nutz-Niessung, oder blossen Eigenthum hinterlassen können?
2. Wann das zur Nothgebühr hinterlassne blosse Eigenthum die Nothgebühr übersteigt, ob solches nicht mit der Nutz-Niessung behalten werden könne?
3. Ob nicht eben diß zu sagen seye von der Nutz-Niessung, so Nothgebühr übersteigt.
4. Wird alles durch *Exempel* erklärt.

1. IN disem Art. wird gefragt, ob die Eltern ihren Kindern die Nothgebühr in der blossen Nutz-Niessung hinterlassen können, oder im Gegenspiel in dem blossen Eigenthum? Und es wird geantwortet, mit Nein, sonder es muß die Nothgebühr so wohl am Eigenthum als Nutz-Niessung bestelt werden. Novell. 18. c. prohibemus 3. & auth. noviss. Cod. inoff. test. Mit welchen Texten unser Art. übereins kommt, welcher ausdrucklich sagt, daß ein jedes aus den Kindern sein Nothgebühr so wohl im Eigenthum als in der Nutz-Niessung völlig und ohne Abgang haben soll, also das, wann der Vatter oder Mutter einem das Eigenthum, dem andern aber die Nutz-Niessung aller Güther verlassen hat, oder im Gegenspiel, so ist keines schuldig ein ohne das andere anzunehmem. Graff. §. legitima quæst. 15. n. 6. Berlich. part. 3. conclus. 14. n. 1. Gabr. de legit. conclus. 1. n. 5. Gomez. var. resol. tom. 1. c. 11. Also daß, obwohlen mehr Nutzen in der Nutz-Niessung aller Güther wäre, als in der Nothgebühr, nichts destoweniger nothwendig ist, daß, in so weit sich die Nothgebühr auch das Eigenthum zufalle. Idem Graff. loc. cit.

2. Was ist aber Rechtens, wann die Eltern einem aus den Kinderen seine Nothgebühr entweders in der blossen Nutz-Niessung, oder in dem blossen Eigenthum hinterlassen haben? Hierauf antwortet der Art. wann einem aus denen Kindern allein das Eigenthum zur Nothgebühr angewiesen worden, alsdann thut entweders das Eigenthum die Nothgebühr übersteigen oder nicht. Wann es übersteigt, ein solcher thut die Nothgebühr, das ist, das Drittel oder die Helffte jener Erbschafftlichen Portion, welche er ab intestato bekommen hätte, zugleich mit der Nutz-Niessun empfangen, und nichts destoweniger auch den anderen Eigenthums Theil behalten, welcher die Nothgebühr übersteiget; Wann aber das Eigenthum allein die Nothgebühr ausmacht, und dem andern die Nutz-Niessung vermacht worden, so wird dise Bürde von Rechtswegen aufgehoben, und falt dem Kind das Eigenthum mit der Nutz-Niessung zu.

Ingleichem, wann einer aus denen Kindern allein die Nutz-Niessung zur Nothgebühr vermacht worden, welche die Nothgebühr übersteigt, diser bekannt seine Nothgebühr mit dem Eigenthum, und erhaltet nichts destoweniger die Nutz-Niessung, in so weit selbe die Nothgebühr übersteigt. Verstehe, Wann mit solchem ein fremder Erb eingesetzt worden, dann wann Brüder oder Schwestern mit ihme als Mit-Erben verhanden, so gehört der Uberschuß des Eigenthums oder der Nutz-Niessung jenem nicht zu, welchem solche vom Testirer angewiesen worden, weil auch die übrige Kinder, das ist, die Brüder, oder Schwestern ihre gantze und unabgebrochne Nothgebühr mit dem Eigenthum und der Nutzniessung empfangen müssen. Graff. §. Legitima quæst. 40. Manz de test. tit. 12. quæst. 25. Wo er sagt, daß wann der Vatter seinem Sohn allein das Eigenthum, oder die allein die Nutz-Niessung hinterlassen hat, alsdann zwar ihme das Eigenthum oder die Nutz-Niessung verbleibe, wann solche schon die Nothgebühr sehr übersteigt. Aus Ursach, weilen solcher Uberschuß sich auf des Vatters Willen gründet, gleichwie aber er seine Nothgebühr zugleich mit dem Eigenthum, der Nutz-Niessung völlig hat, also auch geziemt sich, daß die übrige Brüder und Schwestern solche also auch haben sollen, welche, wann durch den Excess. beschädiget worden, an sich selbst klar ist, daß solcher Excess müsse aufgehoben, und denen übrigen Kindern auch ihre Nothgebühr ohne Abbruch gereicht werden. 3.

Mit Exemplen wird die Sach klärer, dann setze erstens der Titius habe nur einen Sohn gehabt, welchen er als Erben in der Nutz-Niessung aller seiner Güther, einen Fremden aber in dem Eigenthum eingesetzt hat: In disem ersten Fall bekommt der Sohn ein Drittel von der gantzen Verlassenschafft mit dem Eigenthum, und Nutz-Niessung für seine Noth- 4.

Noth-Gebühr, und kan solches mit vollständigen Recht seinen künfftigen Erben überlassen, und hat auf sein Leben lang in denen übrigen zwey Drittel die Nutz-Niessung, weil der Fremde eingesetzte Erb mehr nicht als das Eigenthum an denen zwey Drittel erhaltet, daß er also des Sohns Todt erwarten muß, wo so dann erst sich die Nutz-Niessung mit dem Eigenthum vereinbahret.

Der andere Casus ist, wann der Titius seinen eintzigen Sohn allein in dem Eigenthum, einen Fremden aber in der Nutz-Niessung aller Güther als Erben einsetzt, alsdann bekommt der Sohn ein gantzes Drittel von der Verlassenschafft, wie wir zuvor gesagt haben, mit vollständigen Recht, das ist mit dem Eigenthum und der Nutz-Niessung, in denen übrigen zwey Drittel aber bekommt die Nutz-Niessung der fremde eingesetzte Erb, aber länger nicht als auf sein Leib Lebenlang, dann nach dem Tod dessen wird die Nutz-Niessung ausgelöscht, und mit des Sohs Eigenthum vereinbaret.

Das dritte Exempel ist, wann der Titius zwey Söhn hat, den Cajum und den Sempronium, und den Cajum in der Nutz-Niessung aller Güther, den Sempronium aber in dem Eigenthum als Erben einsetzt. Alsdann kommt der erste Sohn Cajus ein Sextl von der gantzen Verlassenschafft mit dem Eigenthum, und der Nutz-Niessung, weilen aber sein Bruder sein Sextl als sein Noth-Gebühr auch ohne Abbruch haben muß, deßwegen bekommt der erste Sohn Cajus die Nutz-Niessung nur im Uberrest, weil er und der Bruder des dritten Drittel Nutz-Niessung als zur Nothgebühr erlangen, welche nicht beschwehrt werden kan.

Also ebenfalls viertens wann der erste Sohn Cajus als Erb in dern blossen Eigenthum der Güther, eingesetzt worden, so bekommt dessen Bruder Sempronius nichts destoweniger ein Sextl mit dem Eigenthum, welches er ebenfalls seinen Erben überlassen kan, aber nach dessen Todt falt die Nutz-Niessung, welche er in denen übrigen zwey Drittel hat, widerum dem ersten Bruder Cajo zu. Und diß, was wir bißhero von wenigeren Brüdern gesagt haben, hat auch bey mehreren Platz.

Dann setze 5. der Titius habe 5. Kinder hinterlassen, deren eines er in der Nutz-Niessung aller Güther als Erben eingesetzt hat, die übrige 4. aber in dem Eingenthum. Gewiß diser erste, dem die völlige Nutz-Niessung vermacht worden, bekommt seine Noth-Gebühr, welche ist der 10. Theil von der gantzen Verlassenschafft, oder die Helffte von der Portion, welche er ab intestato bekommen hätte, weilen aber seine Brüder ihre Noth-Gebühr auch ohne Abgang haben müssen, mit dem Eigenthum und der Nutz-Niessung, deßwegen folget klar, daß der erste Sohn Krafft des Testaments für den Excess der ihm vermachten Nutz-Niessung solche nur was die Helffte der Erbschafft betrifft erlange.

Eben dise Rechnung 6. ist zu machen, wann eines aus denen Kindern nur im Eigenthum als Erb ist eingesetz worden, die übrige aber in der Nutz-Niessung. Dann solchenfalls bekommt der im Eigenthum eingesetzte seine Noth-Gebühr mit der Nutz-Niessung, gleichwie die übrige Brüder, und nach deren Tod fallt dem ersten Sohn, so in dem völligen Eigenthum eingesetzt worden, nur die Nutz-Niessung von der halben Erbschafft zuruck.

Endlich 7. was wir hier von der völligen Nutz-Niessung, oder völligen Eigenthum gesagt haben, das hat auch Platz in einem gewissen Theil, welcher die Noth-Gebühr übersteigt, und von der Nutz-Niessung aber Eigenthum vermacht worden, dann, wann der Titius zwey Söhn hat, deren einen er mit seiner Noth-Gebühr, was das Eigenthum betrifft, und zugleich in der Nutz-Niessung seiner Güther für zwey Drittel, den anderen seinen Sohn aber in der übrigen Erbschafft als Erben einsetzt; Wann man fragt, was der erste Sohn, den wir Cajum genennt haben, erlange? So sagen wir, daß ichme ein halbes Drittel gebühre mit dem Eigenthum und Nutz-Niessung, das andere halbe Drittel aber mit eben solchen Recht seinem Bruder Sempronio. Aus welchem folget, daß, weilen der erste Sohn Cajus seine Noth-Gebühr von Rechtswegen mit der Nutz-Niessung, und dessen Brüder Sempronius gleichfalls die andere Helffte vom Drittel mit dem Eigenthum und der Nutz-Niessung erlangt, der erste Bruder Krafft der Einsetzung an der Nutz-Niessung noch anderthalb Drittel erlange, und also ist dem anderen Bruder mehr nicht als ein halbes Drittel übrig, welches er neben der Noth-Gebühr Krafft der Einsetzung erbet, mit einem Wort, beyden Brüdern gebührt für ihre Noth-Gebühr ein Drittel von der gantzen Verlassenschafft, mit vollständigen Recht, weil aber Krafft der Einsetzung der erste Bruder Cajus die Nutz-

Nutz-Niessung in 2. Drittel haben muß, so folgt, daß, weilen er zur Noth-Gebühr nur ein Sextel hat, er noch anderhalb Drittel Nutz-Nießlich erlange, und den Rest seinem Mit-Bruder überlasse, gleichwie im Gegenspiel, wann die Nutz-Niessung, so dem Cajo vermacht worden, der anderen Noth-Gebühr verminderte, er solche nachlassen müsse, deßwegen

Setzen wir das Exempel, wann der Cajus noch 5. Brüder hätte, welche der Vatter glathin in allen Gütheren als Erben eingesetzt hat, den Cajum aber in dem Eigenthum was sein Noth-Gebühr betrifft und in der Nutz-Niessung in 2. Drittel. Nun erlangt der Cajus die blosse ihme in dem Eigenthum vermachte Noth-Gebühr mit samt der Nutz-Niessung, besagter massen, weil er die Noth-Gebühr mit vollständigen Recht haben muß, weilen aber ihme im Vätterlichen Testament die Nutz-Niessung von zwey Drittel vermacht worden, so erhellet also gleich, daß er dise Nutz-Niessung völlig nicht prætendiren könne, weilen allen Brüdern die Helffte der Erbschafft zur Noth-Gebühr mit vollständigen Recht zustehet, zwey Drittel aber von der Nutz-Niessung die Helffte der Erbschafft um 1. Sextel übersteigen, welches Sextel er denen Brüdern überlassen muß, damit auch sie mit dem anderen Drittel ihr Noth Gebühr mit der Nutz-Niessung belegen können, mit einem Wort, der erste Bruder Cajus bekommt $\frac{7}{12}$ und die übrige Brüder $\frac{5}{12}$ das oben gesetzte Exempel wird die Sach Sonnen klar vor Augen legen, setze also, es bestehe die Erbschafft in 12000. fl., wann also dise sechs Brüder ihr Noth-Gebühr davon abziehen, welche die Helffte der Erbschafft ausmacht, so bekommt jeder 1000 fl., welche er mit dem Eigenthum und der Nutz-Niessung frey haben muß; Obwohlen nun der Testirer gesagt hat, daß seinem Sohn Cajo zwey Drittel von der gantzen Erbschafft Nutz-Nießlich zufallen sollen, so geziemete sich, daß der Cajus neben seiner Noth-Gebühr, so 1000. fl. auswirfft, noch 7000. fl. Nutz-Nießlich erhaltete, weilen 8000. fl. zwey Drittel der Erbschafft ausmachen; Diß aber kan von darumen nicht geschehen, weilen die 5. Brüder ihre Noth-Gebührnussen, so 5000. fl. auswerffen, frey mit dem Eigenthum und der Nutz-Niessung haben müssen, Krafft des Testaments also bekommt der Cajus Nutz-Nießlich nur 6000. fl., welche nach dessen Tod Krafft des Testaments, was die Nutz-Niessung betrifft, mit dem Eigenthum consolidirt werden, und seinen 5. Brüdern zufallen. Wann der geneigte Leser mehrer Exempel machen will, so muß er in der Rechnungs-Kunst erfahren seyn, damit keinem aus den Kinder zu kurtz geschehe an der Noth-Gebühr.

In dem Vatterland ist die gemeine Gewohnheit, daß die Männer ihren Weiberen die Nutz-Niessung der Güther verlassen, wie wir schon bey dem 14. Art. 34. Tit. gesagt haben, ob aber diß erlaubt seye, werden wir bey dem Articul sehen.

Der fünffte Articul.

Es ist auch nicht genug, daß die Eltern ihren Kindern die Legitimam, oder Noth-Gebührnuß Legats, oder Fidei-Commiss-Weiß durch Schanckung von Tods wegen, oder sonsten ohne Erb-Satzung verordnen, sondern es ist nothwendig daß sie in solcher Noth-Gebührnuß zu rechten Erben eingesetzt werden, dann wofern es nicht geschehe, wäre das Testament, so vil die Erb-Satzung betrifft, nichtig, und die Kinder erben alsdann, als wann kein Testament gemacht worden, doch müssen sie nichts desto minder die Legata, und andere Geschäfft, so der Testirer ausserhalb der Erb-Satzung vermacht hätte, ausrichten, und bezahlen. Wann auch ein Kind gegen deme, was es in Leb-Zeiten der Eltern empfangen, sich aller übriger Erbschafft verziehen hätte, soll es doch nichts minder in deme, was es empfangen, zu Verhüttung Nichtigkeit des Testaments, zu Erben eingesetzt werden; Doch ist ein Testirer nicht schuldig, solchem Kind, wann er es nicht gern thun will, ein mehrers in solchem Testament zu vermachen.

Sum-

Summaria.

1. Warum die Noth-Gebühr Erb-Einsatzungs-Weiß vermacht werden müsse?
2. Ob die Noth-Gebühr auch Erb-Einsatzungs-Weiß vermacht werden müsse, in dem *privilegirten* Vätterlichen *Testament* unter Kindern?
3. Ob der Erb-Einsetzungs-Titul wegen der Noth-Gebühr auch dem Geistlichen Recht nach nothwendig seye?
4. Was Rechtens, wann die Noth-Gebühr denen Kindern vermacht worden *Titulo Substitutionis*, oder *Fidei-Commissi universalis*, ob diß erlaubt und giltig seye?
5. Ob ein *Testament*, in welchem die Kinder in der Noth-Gebühr nicht eingesetzt worden, durch die *Codicillar-Clausul* erhalten werde?
6. Wann der *Testirer* nicht die Erbs-Einsetzungs, sondern Erbs-Abtheilungs-Wort gebraucht hat, ob solches gelte?
7. Ob das Wort ich *legire* für das Wort, ich einsetze, im Vätterlichen *Testament* zu nemmen seye?
8. Ob die gantze Noth-Gebühr Erbs-Einsetzungs-Weiß vermacht werden müsse, oder ob genug seye, wann nur ein Theil davon also überlassen werde?
9. Wann denen Kindern Erbs-Einsetzungs-Weiß kein Noth-Gebühr hinterlassen worden, ob das *Testament* von Rechts wegen nichtig seye?
10. Ob auch die Kinder, so sich der Erbschafft begeben, als Erben eingesetzt werden müssen?
11. Wann die Verzicht nach des Vatters Tod geschieht, ob nicht dadurch das Vätterliche *Testament agnoscirt* werde?

1. Obwohlen vor altem die Noth-Gebühr nach Belieben hat vermacht werden können, entweders Erbs-Einsatzungs-Weiß, oder als ein Legat oder Fidei-Commiss, oder Schanckungs-Weiß von Tods wegen, L. papinianus 8. §. si quis 6. ff. de inoff. test. auch durch Schanckung unter Lebendigen, auch unter dem Nahmen eines Heyrath-Guths, oder Widerlags. L. penult. Cod. de inoff. test. L. quoniam 29. Cod. eod. L. si non mortis causa. 35. ff. eod. So mit dem Geding geschehen, daß solche für die Noth-Gebühr solle angerechnet werden. dict. L. penult. Cod. de inoff. test. So ist doch heut zu Tag nach dem Recht der Novellen, die Noth-Gebühr auf kein andere, als auf die Erb-Einsatzungs-Weiß zu hinterlassen. Novell. 115. cap. 3. in princ. Berlich. part. 3. conclus. 15. n. 8. Gomez var. resol. tom. 1. cap. 11. n. 2. Covar. ad cap. Raynutius 16. §. 1. n. 2. Clarus §. testamentum. quæst. 38. per tot. Manz. de test. tit. 12. quæst. 13. n. 6. Dessen ist die Ursach, weilen der Erb-Einsatzungs-Titul denen Kindern ehrlicher, und nutzlicher ist, ehrlicher deßwegen, weilen darfür gehalten wird, daß der Testirer mehrers den Erben, als den Legatarium oder Fidei-Commissarium liebe, welcher nur mit einer Particular-Sach beehrt worden; Nutzlicher aber von darummen, weilen, wann mehrere Erben eingesetzt worden, und ein oder der andere seinen Theil nicht annimmt, solcher denen Mit-Erben zuwachset. Idem Gomez loc. cit. cap. 11. n. 2. Berlich. loc. cit. n. 9. & 10. Hernach kan der eingesetzte Erb die Erbschafft aus eigner Macht nemmen, regulmässig aber der Legatarius, und kan die Immission begehren ex L. fin. Cod. de edict. Adrian. toll. wann das Testament ohne sichtbaren Mangel ist; Und obwohlen unser Art. allein von der Noth-Gebühr der Kinder redet, so wollen doch, daß eben diß Rechtens seye bey der den Eltern zustehenden Noth-Gebühr, gemeiniglich behaupten die DD. Clarus §. testamentum. quæst. 38. n. 8. Hunnius ad Treutlerum. disput. 13. thes. 13. quæst. 31. Fachin. lib. 4. controv. cap. 30. Berlich. part. 3. conclus. 15. n. 67. Wo sie solches aus der Novell. 115. ausführen, obwohlen diß nicht ohne Zweiffel ist; Uns gedunckt doch, daß dise Meynung die gleiche Pietäts-Ursach bestättige, weil denen Kindern mehrers obliegt, sich deren Eltern titulo honorebili zu gedencken, als denen Eltern, daß sie der Kindern gedencken.

2. Eine andere Frag ist, ob denen Kindern die Noth-Gebühr Erbsatzungs-Weiß hinterlassen werden müsse, wann die Eltern unter den Kindern auf privilegirte Weiß testiren? Die gemeine Meynung der DD. ist, daß auch in der Eltern privilegirten Testament denen Kindern die Noth-Gebühr Erb-Einsatzungs-Weiß müsse vermacht werden, wegen der Authorität der Nov. 115. cap. nos igitur 1. wo der Kayser Justinianus vers. si verò ausdrucklich zu erforderen anscheinet, daß die Abtheilung der Particular-Sachen, welche von denen Eltern unter den Kindern geschieht, durch Erbs-Einsetzung gemacht werden soll, aus welchem folgt, daß nicht genug seye, wann die Abtheilung nur titulo Legati, oder Fidei-Commissi oder sonst Particular-Weiß geschieht, für dise Meynung streittet auch dise Ursach; Dann jedwederes Privilegium, das ist, daß denen Kindern die Noth-Gebühr Erbsatzungs-Weiß müsse hinterlassen wer-

den: Und daß die Eltern unter Kindern ohne Solennitäten testiren können, ist zu Favor der Kinder eingeführt worden, muß also das zweyte Privilegium das erstere nicht aufheben, und jenes, was zu Verbesserung des Favors verordnet worden, nicht zum Abbruch gereichen. Covar. ad cap. Raynutius. §. 1. n. 2. Berlich. loc. cit. n. 20. Fachin. loc. cit. cap. 24. Wo sie auch andere Ursachen anführen, daß aber dises nach unsern Land-Recht nicht bestehe, vermeynen wir, könne handgreifflich erwiesen werden aus dem 8. Art. 34. §. Wären aber. Wo ausdrucklich gesagt wird, daß ein Testament unter Kindern gelten müsse, wann schon die Kinder als Erben nicht eingesetzt worden, weilen in solchem Testament die Clausul stillschweigend begriffen ist, daß es auf all mögliche Weiß gelten müsse, welches der 8. Art. biß auf die Noth-Gebühr auslegt, Krafft des Text in L. cohæredi. §. cùm filiæ verſ. non valebit. ff. de vulgari &c. Obwohlen nun Fachinæus simpliciter widerspricht, daß dise Clausul in denen Testamentern der Eltern unter Kindern stillschweigend begriffen seye, so ist doch diß dem 8. Art. 34. Tit. gantz ähnlich, woraus solches Argument genommen wird, wann die Abtheilung unter den Kindern gelten muß auf all bessere Weiß, was die Noth-Gebühr betrifft, wann schon die Codicillar-Clausul nicht beygesetzt worden, so ist nothwendig, daß sie stillschweigend darunter verstanden werden müsse, aber der Fachinæus selbsten und andere bekennen, daß, wann solche Clausul ausdrucklich beygesetzt worden, das Testament unter Kindern, was die Noth-Gebühr betrifft, Erbsatzungs-Weiß gemacht worden zu seyn darfür gehalten werde, also auch muß es solcher Gestalten gelten, wann solche Clausul ausgelassen worden, wie sie gemeiniglich vom Testament, so zu milden Wercken gemacht worden, reden, daß solches gelte, wann schon keine Erbs-Einsatzun geschehen ist, welchem die mehriste das Testament unter Kindern gleich halten, welches daß auch unser Art. in der That thue anscheint. Lese, was wir oben bey dem 8. Art. 34. Tit. gesagt haben.

3. Ob aber die Erbs-Einsetzung für die Noth-Gebühr der Kindern und Eltern auch dem Geistlichen Recht nach so nöthig seye, daß, wie dem Burgerlichen Recht nach unter Straff der Testaments-Nullität erfordert wird, wird von einigen in Zweiffel gezogen, Krafft des Text in cap. Raynutius 16. X. de test. Wo supponirt wird, daß zweyen Töchtern von ihrer Mutter allein titulo singulari die Noth-Gebührnussen legirt worden, und doch thut der Papst dergleichẽ Testamentern rechtmässig titulo singulari gemachte Verordnung genehmhalten, wie zu sehen ist bey Covar. ibidem. §. 1. n. 11. Weil aber der Text in cap. 1. de testam. in 6. von der Erbs-Einsatzung ausdrucklich redet, so ist kein Zweiffel, daß die Geistliche Recht mit dem Weltlichen in disen Puncten über eins kommen, daß also die gemeine Regul wahr ist, daß die Geistliche Recht durch die Fürstliche Verordnungen unterstützt werden. cap. 5. X. de nov. op. nunt. Gleichwie die Weltliche Gesatz nicht hindern, daß man dem Geistlichen Gesatz nachlebe; Es hindert auch nichts das cap. Raynutius 16. weil solches nur relativè gesetzt wird, und nicht dispositivè, und wann man solches dispositivè verstehen will, so ist vonnöthen, daß selbes nach der Gewohnheit der Stadt Toscana, oder der Röm. Kirch verstanden werde, welche Gewohnheit auf unsere Burgerliche Recht nicht in Betracht gezogen werden kan.

Was ist aber Rechtens, wann denen Kindern die Noth-Gebühr nicht Erbs-Einsatzungs-Weiß, sondern titulo substitutionis hinterlassen worden, als titulo Fidei-Commissi universalis? Gemeiniglich wollen die DD. daß auch diß nicht erlaubt, auch nicht giltig seye. Aus Ursach, weilen die Substanz des Vätterlichen Testaments ist, daß der Sohn als Erb eingesetzt, oder enterbt werde. Die Substitution aber, oder Machung eines Fidei-Commissi universalis ist keine Erbs-Einsatzung, wann nicht villeicht die Substitution, oder das Universal-Fidei-Commiss zu Favor der Kinder gemacht worden, wie zu sehen ist bey Oldend. classe 4. act. 2. quæst. 12. §. interdum. 4.

Ob aber ein Testament, in welchem die Kinder mit ihrer Noth-Gebühr nicht als Erben eingesetzt worden, durch die dem Testament beygesetzte Codicillar-Clausul salvirt werde, zweifflen die DD. starck, und sagen die mehrere Nein, wie zu sehen ist bey Berlich. loc. cit. n. 57. & seq. Covor. ad dict. cap. Rayn. 16. §. 1. n. 4. & 8. circa f. Wir haben kurtz zuvor aus dem 8. Art. 34. Tit. ausgeführt, daß ein Vätterliches Testament unter Kindern, was die Noth-Gebühr betrifft, gelte, wann schon die Kinder mit der Noth-Gebühr als Erben nicht eingesetzt, ja wann auch die Codicillar-Clausul ausgelassen worden, weil erachtet wird, daß solche in solcher privilegirten Testaments-Gattung stillschweigend 5.

gend enthalten seye, ist also eben dises zu sagen von dem Testament der Eltern, so zierlich errichtet worden, und zwar noch vilmehr, weil anscheint, daß die Eltern nicht minder sorgfältig seyn für die Kinder im zierlichen mit der Codicillar-Clausul versehnen Testament, als im privilegirten Testament, wo dergleichen Clausul nicht enthalten ist. Gewiß, wann wir von dem blossen Favor der Kinder handlen, so ist freylich zu sagen, daß das Testament, mit was Worten immer der Vatter selbes verfaßt hat, allzeit den Titulum institutionis mit sich bringe. Wann aber auch andere Erben mit eingesetzt werden, und der Titulus institutionis nicht exprimirt wird, alsdann, was durch Particular-Titul eines Legats oder Fidei-Commiss sowol denen Kindern, als Fremden hinterlassen worden, kan Erb-Einsatzungs-Weiß nicht gelten, kan also auch solchen Titul die Codicillar-Clausul nicht bestättigen, weil das stillschweigende keine grössere Krafft haben kan, als das ausdruckliche.

6. Unterdessen ist gewiß, daß in einem Testament um die denen Kindern zustehende Noth-Gebühr zu salviren nicht allzeit erfordert werde, daß der Testirer das Wort ich setze ein gebrauche, und ausdrucklich sage, dise oder jene meine Kinder setze ich in ihrer Noth-Gebühr als Erben ein, sonden ist genug, daß er andere eben diß mit sich bringende Wort gebrauche, welche die Rechts-Gelehrte gemeine Wort nennen. Es ist sonsten gewöhnlich, daß in den Vätterlichen Testamentern unter Kindern das Wort Abtheilung gebraucht werde. Dise Abtheilung nun, welche von den Eltern unter Kindern geschieht, ist anstatt der Erbs-Einsatzung, wie schier alle sagen; Weilen darfür gehalten wird, daß jedes der Eltern denen Kindern ihr Noth-Gebühr auf solche Weiß überlasse, wie es am besten geschehen soll, das ist, Erbs-Einsatzungs-Weiß, wir müssen also die Wort, welche wir auf die Erbs-Einsatzung auslegen können, auf solche Weiß verstehen, gleichwie andere dergleichen Wort mehr gefunden werden, welche nicht allein, was die Einsetzung der Kinder betrifft, sondern auch zu Einsetzung fremder Erben genug seynd, und werden gemeine Wort genennt, gleichwie, wann der Testirer sagt, meine Erbschafft soll disem oder jenem zukommen, zufallen, seyn, verbleiben, und zugehören 2c. Item wann er sagt, meine Erbschafft soll diser oder jener haben, empfangen, ergreiffen, sich einraumen, behalten 2c. Item soll disem oder jenem zuwachsen, oder soll disem zustehen, meine Verlassenschafft soll diser oder jener erben, diser soll mein Erb seyn, ich will, daß diser meiner Güther Herr, und Besitzer seye 2c. und dergleichen. Wann also solche gemeine Wort auch was fremde Erben betrifft, für den Titul der Erbs-Einsetzung gehalten werden, so müssen sie noch vilmehr, was die Kinder belangt, für solche gehalten werden.

Man wird widersetzen, daß wir schon oben bey dem 8. Art. 34. Tit. und auch bey disem Art. schon gesagt haben, daß denen Kindern die Noth-Gebühr durch den blossen Titul eines Legats oder Codicill hinterlassen werden könne, ja, daß in jedem letzten Willen unter Kindern die Codicillar-Clausul stillschweigend enthaltn seye, daß selbe auf all best mögliche Weiß gelten soll, warum also erfordert unser Art. so sorgfältig, daß die Kinder ihre Noth-Gebühr Erbsatzungs-Weiß erhalten sollen? Und wir antworten, es seye der Unterschied zu machen, ob das Geschäfft obwalte unter den Kindern allein, das ist, wann der Vatter ein privilegirtes Testament macht, und seine Güther unter seine Kinder vertheilt, dann solchen Falls, er mag Wort brauchen, was er für eine will, ist alles giltig und standhafft: Ja, wann er ausdrucklich das Wort, ich legire, braucht, 7.
so ist solches für das Wort, ich setze ein, zu nemmen, es mag die Codicillar-Clausul beygesetzt worden seyn oder nicht, weil solche in solchem Testament stillschweigend enthalten ist; Wann aber in dem Vätterlichen zierlichen Testament nicht von blossen Kindern allein, sondern auch von anderen Erben gehandlet wird, so ist das Wort, ich legire, nicht genug, weil das Privilegium, welches in dem privilegirten Testament unter Kindern zugelassen wird, denen im zierlichen Testament zugleich eingesetzten fremden Erben nicht communicabel ist. Und unsers Erachtens seynd solcher Gestalten der 8. Art. 34. Tit. und gegenwärtiger unser Art. mit ein anderen zu vereinbaren. Wann der geneigte Leser jenen Sentenz der DD. zulassen will, daß auch im Testament der Eltern unter Kindern dem gemeinen Recht nach die Kinder mit ihrer Noth-Gebühr ausdrucklich als Erben eingesetzt werden müssen, also daß weder die ausdruckliche noch stillschweigende Codicillar-Clausul was nutzet, so bekennen wir, daß dißfalls unter dem gemeinen und unsern Land-Recht ein Unterschied diff.
zu machen seye. Weil in der That der 8. Art. 34. Tit. gar zu klar demonstrirt, daß der Sohn zu frieden seyn müsse, wann er von denen Eltern seine Noth-Gebühr in dem privilegirten Testament

stament nicht Erbsatzungs-Weiß, sondern durch ein Codicill, oder anderen letzten Willen, ja mit blossen Abtheilungs-Titul erlangt.

8. Und obwohlen, wie wir erst gesagt haben, die Eltern in dem zierlichen Testament denen Kindern die Noth-Gebühr Erbsatzungs-Weiß hinterlassen müssen, so ist doch nicht nöthig, daß ihnen die gantze Noth-Gebühr Erbsatzungs-Weiß vermacht werde, sondern es ist genug, wann nur ein Theil darvon auch der mindiste zum Exempel ein Groschen oder Heller Erbsatzungs-Weiß gegeben und angewiesen worden. Die Ursach ist, weil der Institutions-Titul, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, hauptsächlich erfordert wird, damit denen Kindern das Jus accrescendi verbleibe, wann sich zutragt, daß ein oder anderer eingesetzter Erb seinen Erbs-Theil nicht annimmt; Aber dises Jus accrescendi gebührt dem Erben, der nur in einem Heller eingesetzt worden, sowohl, als wann er mit der gantzen Noth-Gebühr, oder mit einem grossen Theil darvon als Erb wäre eingesetzt worden; Eben eines ist, wann der Sohn in einer gewissen Sach als Erb eingesetzt worden, dann obwohlen der in einer gewissen Sach eingesetzte Erb allein für einen Legatarium gehalten wird. L. 13. Cod. de hæred. Inst. So wird doch solche Einsetzung für genug erachtet, daß er nemlich für umgangen, und à Jure accrescendi ausgeschlossen zu seyn nicht erachtet werden kan. Bachov. ad Wesenb. n. 6. ff. de inoff. testam. Grass. §. Instit. quæst. 22. n. 1. Gottofred. ad L. cùm in libris. 14. Cod. de hæred. instit. Krafft des Text in auth. ut cùm appell. cognos. c. 5. Woraus sie schliessen, daß genug seye, wann der Vatter die Tochter allein in dem blossen Heyrath-Guth als Erbin einsetzt, obwohlen dasselbe in einem gewissen Grund, oder in einer Particular-Sach bestehet: Die Ursach ist, weilen das Heyrath-Guth in die Stell der Noth-Gebühr eintritt. Villalob. comm. opin. lit. R. n. 36. Suarez lit. F. n. 293. Wo er sagt, daß, wann eine Tochter mit dem Heyrath-Guth, welches der Ehe-Mann schon hat, eingesetzt wird, sie für umgangen nicht gehalten werde, auch deßwegen das Testament keine Gefahr aus einiger Ursach leyde, Jul. Clar. §. testamentum. quæst. 24. Ein mehrers von Erbs-Einsetzung, welche in einer gewissen Sach geschieht, wird bald hernach folgen.

Was aber denen rechtmässig als Erben eingesetzten Kindern aus jenem in die Noth-Gebühr eingerechnet werde, was sie sonsten, nicht als Erb, aus der Eltern Testament erlangen, werden wir bey dem 10. Art. dises Tituls sagen.

Sonderheitlich aber ist zu notiren, 9. daß, obwohlen das Testament, in welchem denen Kindern ihr Noth-Gebühr Erbsatzungs-Weiß nicht hinterlassen worden, von Rechts wegen zernichtet wird, also daß die Erbschafft ab intestato anfallet, und die Fremde, welche Erben eingesetzt worden, aus dem Testament nichts bekommen, jedoch die Erben ab intestato die Legata, und Fidei-Commissa, und was sonsten der Testirer titulo singulari vermacht hat, bezahlen müssen: Aus Ursach, weil solche Kinder, welche Erbsatzungs-Weiß von denen Eltern ihr Noth-Gebühr nicht erlangen, für umgangen zu halten seynd; Wir haben schon oben bey dem 1. Art. 35. Tit. gesagt, daß in dem Testament, so wegen der Umgehung nichtig ist, die Legata und andere Particular Vermächtnussen nichts destoweniger abgeführt werden müssen. Wohin sich der geneigte Leser verfügen kan.

Es ist aber der Kinder Erbs-Einse- 10. tzung in der Noth-Gebühr so nothwendig, daß, wann eines oder mehr aus den Kindern im Leben der Eltern wegen der Noth-Gebühr zu frieden gestellt worden, und sich der Vätterliche Erbschafft eydlich verziehen haben, gleichwie meistens von dem Weiblichen Geschlecht zu geschehen pflegt, wovon der gleich nachfolgende Art. handlet: Nichts destoweniger solche Persohnen zu Verhüttung der Nullität des Testaments, in jenem, was sie zuvor schon für die Noth-Gebühr erhalten haben, eingesetzt werden müssen, dessen ist kein andere Ursach, als damit solchen verziehnen Persohnen Erbsatzungs-Weiß das Jus accrescendi erhalten werde. Hernach ist es ein allgemeines Gesatz, daß die Kinder ihre Noth-Gebühr Erbsatzungs-Weiß erhalten müssen: Ob nun schon gar offt die Kinder die Eltern in ihren Leben erbitten, daß sie ihnen um disen oder jenen fetten Heyrath zu treffen, und wann sie Geistlich seynd, um diß oder jenes erträgliches Beneficium zu erhalten (weil man zu jetziger Zeit nichts als um Geld erlangt wird, dann das Laster der Simoni auch in heiligisten Orten nicht mehr geachtet wird) Mittel darreichen, und in Ansehung dessen nicht allein der Vätterlichen und Mütterlichen Erbschafft, sondern auch der Noth-Gebühr, ja allen Rechts-Gutthaten auf all ersinnliche Weiß mit disen oder dergleichen Worten verzeichen: Daß sie mit solchem Heyrath, oder Beneficio zu frieden seyn, und von allen Vätter-

lichen

lichen und Mütterlichen Mittlen keinen Heller mehr für ihre Erbschafft oder Noth-Gebühr begehren, sondern sich solcher völlig verziehen und begeben haben wollen. Item, was eins ist, wann sie versprechen, daß sie von der Eltern Vermögen auf ewig nichts mehr begehren wollen, und der Eltern Testament, so ihnen deßwegen vorgelegt worden, in allen Stucken approbirn, so muß doch nichts destoweniger nach gemeiner Meynung der Rechts-Gelehrten die Erbs-Einsetzung geschehen, also daß das Testament als nichtig zerfallet, wann nicht die Eltern die Kinder in Geld oder anderen Mittlen, so sie zu Erhaltung der Ehe, oder des Beneficii hergegeben haben, als Erben eingesetzt haben. Die Ursach ist, weilen unter all dergleichen Verzicht-Formulen die Nothwendigkeit die Kinder in der Noth-Gebühr als Erben einzusetzen, nicht nachgelassen wird, Gramat. decis. 101. n. 5. Grass. §. legitima. quæst. 3. n. 10. Gabr. de legitim. concus. 8. n. 14. Mynsing. cent. 1. obs. 36. Was immer nun die Kinder von denen Eltern bekommen, das muß ihnen Erbs-Einsatzungs-Weiß (ohneracht aller Verzicht) in Krafft dises Art. in die Noth-Gebühr verrechnet werden, wann die Eltern der Testaments-Nullität entgehen wollen. Es stehet auch nicht im Weeg der Text in L. si quando 35. §. & generaliter 1. ff. de inoff. test. weil diser Text nicht anderst zu verstehen ist, ausser wann der Sohn oder Tochter ihre Verzicht nach dem Tod der Eltern approbirt haben, unsers Erachtens ist der Text gar klar: Dann er sagt also: In genere verbschaiden wir, wann der Vatter weniger als die Noth-Gebühr auswirfft, hinterlassen, oder etwas gegeben, von Tods wegen, oder unter Lebendigen etwas geschenckt hat, mit der Condition, daß sothane unter Lebendigen beschehne Schanckung an der Noth-Gebühr soll angerechnet werden. Wann der Sohn NB. nach des Vatters Tod, das, was ihm hinterlassen, oder geschenckt worden, simpliciter erkennt und angenommen und villeicht auch die Erben versichert hat, daß er das Hinterlassene oder Geschenckte angenommen habe, ohne Beysatz, daß er um das übrige nichts anfangen wolle: So præjudicirt ihm der Sohn nichts, sondern es muß die Noth-Gebühr völlig gegeben werden. Aus welchem Worten klar erhellet, daß ein Unterschied zu machen seye, ob die Verzicht in Lebs-Zeiten der Eltern geschehen seye, oder nach deren Tod; In dem ersten Fall hat die Verzicht die Würckung nicht, daß sie die Action um Ersetzung der Noth-Gebühr verhinderen könnte; Noch vil weniger also kan sie die Würckung der Novell. 115. verhinderen, daß die Eltern nicht gehalten seyn sollen denen Kindern die Noth-Gebühr Erbsatzungs-Weiß zu hinterlassen. In dem anderen Casu aber, wann die Verzicht aufs neue geschieht, oder die 11.
zuvor beschehne nach der Eltern Tod approbirt wird, dergleichen Kinder scheinen an, daß sie sich ihres Rechts begeben, und der Eltern Testament erkennen. Und deßwegen folgen in dict. L. 35. §. & generaliter 1. dise Wort nach: Wann nicht diß sonderheitlich entweders in der Quittung, oder in dem Vergleich das Kind geschrieben oder pactirt hat, daß es wegen des Abgangs nichts mehr machen wolle: das ist, wann es nach dem Tod der Eltern durch offentliche Bekanntnuß und Contestation an Tag gelegt hat, daß es der Eltern Verordnung approbire, und mit dem Gegebnen und Empfangenen zu frieden seye, dann solchen Falls (schließt das Gesatz) muß das Vätterliche Testament nach ausgeschloßner aller Action, das Testamentum zu zernichten, angenommen werden. Wann also die in Lebs-Zeiten der Eltern beschehne Verzicht der Kinder die Action um Erfüllung der Noth-Gebühr, auch die Querelam inofficios. test. nicht verhindern kan, so kan sie noch vil weniger solche Action, oder Querelam verhinderen, wann die Kinder gar umgangen, und nicht als Erben eingesetzt worden: Dann alles entspringt aus einer Quell, daß die Verzicht der Kinder weder der Erbs-Einsetzung noch der Erfüllung der Noth-Gebühr entgegen seyn könne. Und wir halten fest darfür, daß diß der Verstand unsers Art. seye. Jetzt schreitten wir weiters.

Der sechste Articul.

Noch, und nachdeme in disen Fürstenthumen unter der Ritterschafft und Adel, bißhero gebräuchig gewesen, daß die Töchter gegen einer ehrlichen adelichen Aussteuer und Fertigung, sich des übrigen Vätter- und Mütterlichen Guths verziehen, und nicht darauf gesehen wor-

worden, ob solche Aussteuer die Legitimam und Noth-Gebührnuß erreicht, noch der Eltern Vermögen deßhalben jemahlen beschrieben, oder geschätzt worden, als solle es fürderhin, wo die Töchter sich also verziehen, noch also gehalten, und unter dem Schein, als hätten sie ihre Legitimam nicht bekommen, ihnen wider ihre Brüder, und dero männlichen Erben kein Klag gestattet, sondern es ohne Mittel, bey dero ordentlichen geschwornen Verzicht gelassen werden.

Summaria.

1. Ob die Verzicht adelichen Frauenzimmers, so zu *Favor* männlichen Geschlechts geschehen, nach empfangenen ehrlichen Heyrath-Guth gelten?
2. Ob die Verzicht unadelichen Weibs-Persohnen, so eydlich geschehen, ungiltig seyn?
3. Wann die Verzicht des adelichen Frauenzimmers nicht beschworen worden, ob sie nichts destoweniger zu halten seye?
4. Wann einer adelichen Fräulein, so die Verzicht abgelegt hat, ein Stand-mässiges Heyrath-Guth nicht gegeben worden, ob sie um den Ersatz klagen könne?
5. Welcher Gestalten, und in wie weit die Gewohnheit des Vatterlands bestehe, welche von Alters hero die Verzicht adelichen Frauenzimmers genehmet, wann schon das gegebne Heyrath-Guth die Noth-Gebühr nicht ausmacht?
6. Was von denen *Pactis* der *Familien* von den Erb-Einigungen und von dem Chur-Fürstl. *Decret* vom 20. April 1672. zu halten seye?

1. In disem Art. wird eine Exception von Verzicht der adelichen Frauenzimmer angeführt, welche sie zu Favor des männlichen Geschlechts zu Erhaltung adelicher Geschlechter und Familien nach Gewohnheit des Vatterlands ablegen. Dann obwohlen das Pactum, womit eine adeliche Tochter, nachdeme sie für das Heyrath-Guth ein gewisses Stuck Geld empfangen hat, der Vätter- und Mütterlicher Erbschafft sich begibt, dem gemeinen Recht nach eben so nichtig ist, als wir von anderen Verzichten schon zuvor gesagt haben, Krafft des ausdrucklichen Text in L. pactum dotale 3. Cod. de collat. Weilen das Erb-Recht Juris publici ist. L. ult. ff. de suis & legit. hæred. Das Jus publicum aber kan durch die Privat-Pacta nicht aufgehoben werden. L. Jus publicum 38. L. juris gentium. 7. §. & generaliter 16. ff. de pactis. L. quod ponis. 15. §. 1. ff. ad L. falcid. In so weit, daß dergleichen Pactum, oder Verzicht dem Burgerlichen Recht nach nichtmahl eydlich bestättiget werden kan. Dauth. ad cap. quamvis 2. de pact. in 6. n. 95. Berlich. lib. 3. conclus. 43. n. 3. Daß doch ein anderes in dem Geistlichen Recht verordnet seye, zweifflet kein Catholischer, Krafft des ausdrucklichen Text. in dict. cap. quamvis 2. de pact. in 6. Joannes Dauth loc. cit. n. 47. & mult. seq. Ferdin. Vasq. tract. de succes. creata. n. 18. & n. 65. cum seq. usque ad n. 138. Weilen in so lang der Eyd gehalten werden muß, als lang er ohne Verlurst der ewigen Seeligkeit gehalten werden kan, oder zu des anderen Præjudiz nicht gereicht. cap. 2. de jure jur. in 6. dict. cap. quamvis 2. de pact. in 6. Es mag jener Frantzoß, der der Allerchristlichisten Königin Recht zu dem Fürstenthum Braband defendirt, ohnverschamt zum Widerspiel daher plauderen, was er will, welches auch unser Durchleuchtigister Gesatz-Geber in gegenwärtigen Art. approbirt, daß nemlich die Verzicht, welche das adeliche Frauenzimmer, nach empfangnen Stand-mässigen ehrlichen Heyrath-Guth, über der Eltern Erbschafften eydlich ablegen, giltig seyn müssen, wann schon das Heyrath-Guth die Noth-Gebühr nicht ausmacht. Uber welche Verordnung ein und anderes zu mercken ist.

2. Das erste ist, weil der Art. allein von Verzicht der adelichen Frauen redet, ob also die Verzicht unadelicher Weibs-Persohnen, so eydlich geschehen, ungiltig seyn? Und wir antworten, daß, weilen die Materi des Eyds das Seelen-Heyl betrifft, nicht minder von unadelichen Weibs-Persohnen die Verordnung der Geistlichen Rechten hierinnfalls bey eydlichen Verzichten gehalten werden müsse, als von adelichen Frauenzimmer. Dann obwohlen wir kurtz zuvor gesagt haben, daß dem gemeinen Burgerlichen Recht nach auch die eydliche Verzichten nach der Rechts-Gelehrten gemeinen Meynung nicht gelten, weilen doch das cap. 2. de pact. in 6. das Widerspiel verordnet, so ist diß von allen, die das Seelen-Heyl verlangen, zu halten, weilen hierinnfalls auf keine Persohn, sondern allein auf den

den Eyd gesehen wird, welchen zu halten alle verbunden seynd, und kein Unterschied der Persohnen zugelassen wird.

8. Andertens weil unser Art. wohlbedächtlich von eydlichen Verzichten redet, so folgt, daß, wann sie eydlich nicht geschehen, auch die adeliche Persohnen solche zu halten nicht verbunden seyn. Aus Ursach, weil der vorgehende Art. ohne Unterschied der adelichen oder unadelichen Persohnen redet, daß nemlich die beschehne Verzicht denen Kindern an ihrer Noth-Gebühr nicht schaden. Also auch die adeliche Persohnen nach beschehner aber nicht eydlicher Verzicht das Testament zernichten, wann sie völlig umgangen worden, oder, wann sie nur in wenigem eingesetzt worden, haben sie die Querelam inoff. test. oder die Action um Erfüllung der Noth-Gebühr. Und dahero kommt es, daß in vorgehenden Art. nur von der Verzicht gedacht worden, nicht aber von der eydlichen Verzicht, welche in disem Art. bey adelichen Persohnen ausgenommen wird, und unsers Erachtens auch bey gemeinen Leuthen, in Ansehung des abgelegten Eyds gehalten werden muß. Doch ist allzeit obige Restriction darunter zu verstehen, wann nicht der Kinder vor der Eltern Tod nichtig beschehne Verzicht nach der Eltern Tod neuerlich bestättiget, oder die alte approbirt wird, Krafft des Text in L. si quando 35. §. illud etiam 1. Cod. de inoff. test.

4. Das dritte ist, daß unser Art. erfordere, daß doch denen Töchtern, so eydliche Verzicht abgelegt haben, ein ehrliche adeliche Aussteuer, und Fertigung gegeben werden soll. Aus Ursach, weil das Heyrath-Guth in die Stell der Noth-Gebühr vertritt. Obwohlen nun der Eyd diß auswürckt, daß die Action um Erfüllung der Noth-Gebühr nicht Platz habe, wann jedoch einer solchen Tochter zur Aussteuer für ihren Stand nicht zuländliche gar zu geringe Anweisung geschehen wäre, so ist sie Krafft dises Art. um Erfüllung der Noth-Gebühr zu handlen doch nicht gehindert, weilen die Wort des Art. eine der Noth-Gebühr proportionirte Aussteuer erfordert; Welche aber eine solche seye, muß des Richters Ermässigung überlassen werden, welcher nach Überlegung der Vätterlichen oder Mütterlichen Güther und Mittel, und der verziehnen Persohn Nothdürfftigkeit ermessen wird, was recht und billig zu seyn anscheint, gewiß, wann der Eltern Mittel so gering seynd, daß die sich verziehende Tochter mit der ihr betreffenden Noth-Gebühr sich kaum standmässig unterhalten kan, so zweifflen wir nicht, daß die Schäpfung des Heyrath-Guths ohneracht der eydlichen Verzicht, auf die Noth-Gebühr extendirt werden könne, weilen die nothwendige und ehrliche Unterhaltung all anderen Ursachen vorgehet. Hiehero schickt sich sehr wohl, was der Kayser Justinianus in Novell. 18. cap. 3. sagt, wo er wider die Ehe-Männer aufstehet, welche ihren Ehe-Frauen gar zu zärtlich und geneigt all ihres Vermögen Nutz-Niessung zulassen, darfür haltend, daß solcher des Nahmens eines Vatters nicht würdig seye, welcher seine Kinder wegen dem Weib Hunger leyden und zu Grund gehen laßt, hat also das heylsamste Gesatz gemacht, daß die Noth-Gebühr anderst nicht als mit dem Eigenthum und der Nutz-Niessung hinterlassen werden kan, damit denen Kindern ihre standmässige Unterhaltung verbleibe. In der That ist eine gleichförmige Unbilligkeit, daß den adelichen Söhnen alle Vätterliche Güther zukommen, denen Töchtern aber zur Aussteuer nur so wenig angewiesen werden solle, daß sie nichtmahlen eine standmässige nothwendige Unterhaltung haben.

Das vierte ist, welches aus unsern Art. erhellet, daß unser Durchleuchtigister Gesatz-Geber diser Art. von darumen dem Bayrischen Land-Recht einverleibt habe, weilen die Bayrische Gewohnheit die Verzicht adelicher Persohnen von Alters hero zugelassen hat, wann schon die Aussteuer weniger als die Noth-Gebühr gewesen. 5. Welcher Gestalten aber, und in wie weit solche Gewohnheit zu beobachten seye, ist fürwahr bey denen Gelehrten ein verwirrter und nicht verwerfflicher Zweiffel. Dann es kan mit sehr mächtigen Ursachen erwiesen, und dargethan werden, daß durch dergleichen obwohlen vile Particular-Verzichts-Handlungen, welche offt etliche 1000. fl. betreffen, und weiß nicht wie lang 100. oder unfürdenckliche Jahr fortgesetzt worden, keine Gewohnheit eingeführt werden kan. Dann zu Einführung einer Gewohnheit ist nicht genug, daß die Actus öffters geschehen, sondern es muß auch diß erwiesen werden, daß dergleichen Actus um eine Gewohnheit einzuführen geschehen seyn, dann es ist bekannt, daß die Verzicht adelicher Töchter in dem blossen freyen und eignen Willen der Verzeihenden bestehe, weilen hierzu Unterrichter gebraucht werden, welche das schwache Weiber-Geschlecht, was sie thun sollen, genau unterrichten, ihnen den Gewalt und Krafft des Eyds auslegen, meistens zwey oder dreymahl einen Abtritt nemmen, und nachdeme sie allda ohne Forcht, und Respect der Eltern, der Brüder, und anderer Befreundten sich zur Verzicht freywillig be-

quemen, alsdann erst vor dem Notario und denen Zeugen zum Eyd zugelassen werden, daß sie gleichsam aus Marter des Gewissens, und Religion gegen GOTT zu solcher Observanz angehalten werden. Weilen nun all dise Actus von puren freyen Willen abhangen, wie kan mit solchen in langer, längster und unfürdencklicher Zeit eine Gewohnheit eingeführt werden, welche einzuführen die verzeihende Persohnen keinen Gedancken gehabt haben? Uber dise Frag lese den Barthol. Rellenb. de renunt. quæst. 7. per tot. Danner de var. Jur. renunt. §. 5.

6. Ein anderes ist, wann durch Familien Pacten, durch die Erb-Einigungen eingeführt worden, daß die Töchtern mit gewisser Aussteuer von Rechts wegen von der Vätterlichen und Mütterlichen ja auch der Brüder, und anderer Befreundten Erbschafft ausgeschlossen seyn sollen; Und dahero kommt es, daß unser Bayrischer Adel, da er gesehen, daß er in disem Art. zu Erhaltung der Familien in männlichen Geschlecht nicht sicher genug seye, von dem Durchleuchtigisten Chur-Fürsten Ferdinand Maria untern 20. April 1672. bey damahlen gehaltenen Land-Tag ein Decret erhalten, daß künfftig das adeliche Frauenzimmer nach angewießner Standmässiger Aussteuer, wann solche schon weniger als die Noth-Gebühr ist, zu frieden seyn müssen, wann sie schon sich weder glathin, noch eydlich verziehen, noch auch schwören wollen. Dann unser Art. thut jenes, was ihnen einige einbilden, mit keinem Wort statuiren, daß das adeliche Frauenzimmer sich eydlich verzeichen müssen, sondern, wann sie solche Verzicht thun, daß sie gehalten seyn, solche wegen Gewohnheit des Vatterlands zu halten, wann schon durch die Aussteuer die Noth-Gebühr nicht erlangen.

Man wird einwenden, daß in der That diß kein Privilegium seye, weilen vorbesagter massen ein jedwedere auch gemeine und unadeliche Persohn, die sich der Erbschafft eydlich verziehen hat, den Eyd halten muß, wir bekennen, diß wahr zu seyn, und deßwegen ist dem Adel in bemeldtem Decret vollständiger geholffen worden. Ob aber besser, werden wir seiner Zeit sehen, wann GOTT uns das Leben verlängeren wird, daß wir solche Novellen auch kürtzlich in eine Ordnung bringen, und mit einigen Anmerckungen begleiten können.

Bey solch nun verhandenen Decret, Krafft dessen die Stand-mässig ausgesteurte Töchtern von Rechts wegen für verziehen gehalten werden, ist überflüssig, über übrigen zu dergleichen Erbs-Verzichten nothwendigen Requisiten weiters nachzuforschen, welcher mehrers von selben zu wissen verlangt, der kan lesen dict. Barth. Rellenb. und Andream Dalner loc. cit. und Bolognetum. in L. naturali §. nihil commune. n. 141. ff de acquir possess. Hartm. Pistor. lib. 4. quæst. 8. Georg. Everhard. vol. 1. consil. 44. und andere mehr.

Der siebende Articul.

Ein Schwester oder Bruder ist nicht schuldig, seine Brüder und Schwestern, vil weniger derselben Kinder, weder in der Legitima, noch sonsten zu Erben einzusetzen, oder ihnen etwas zu verschaffen. Doch wofern sie ein schändliche, leichtfertige, und solche Persohn, die nicht allerdings ehrbar, sondern einen Mackel, und bösen Ruff hätte, zu einem Erben hätte eingesetzt, oder desselben sonsten etwas nahmhaffts vermacht, so ist solche Erbsatzung, oder Geschäfft gegen des Testirers Geschwisterigten, gantz und gar ungiltig, ob gleich die Geschwisterigt in solchem Testament zu Erben eingesetzt, oder sonsten wären bedacht worden, dann alles was solchen leichtfertigen Leuthen verordnet würdet, soll den Geschwistrigten folgen.

Summaria.

1. Ob ein Bruder oder Schwester ein Noth-Erb seye in des Bruders *Testament*, also daß ihnen die Noth-Gebühr zustehe?
2. Was Rechtens, wann eine unehrliche leichtfertige Persohn als Erb eingesetzt worden?
3. Mit was Mittel der Bruder seines Bruders *Testament* bestreitten könne?
4. Was für ein Unterschied seye das *Testament* zu *annuliren*, und unter die *Querela inofficiosi Testamenti*?

5. Ob

5. Ob die Brüder und Schwestern, nachdem ein leichtfertige Persohn als Erb eingesetzt worden, das gantze Brüderliche *Testament* umstossen, oder nur so weit, was die Noth-Gebühr betrifft?
6. Ob die *Querela inofficiosi* Platz habe, wann mit einer leichtfertigen Persohn auch ein Bruder oder Schwester als Mit-Erb eingesetzt worden?
7. Wann mit einer leichtfertigen Persohn auch ein ehrliche als Erb eingesetzt worden, ob die *Portion* der leichtfertigen Persohn der ehrlichen zuwachse, oder denen Brüdern und Schwestern zufalle?
8. Welcher Worten sich die Bayrische Land-Recht bedienen, wann sie von denen *Remediis rescissoriis* reden?
9. Ob, nachdem ein leichtfertige Persohn eingesetzt worden, die Brüder und Schwestern zur Brüderlichen Erbschafft zugelassen werden, wann sie wider den *Testirer* eine Enterbungs-Ursach begangen haben?
10. Was Rechtens, wann die Brüder oder Schwestern selbst auch leichtfertig seynd, ob das Brüderliche *Testament* wegen eingesetzter leichtfertigen Persohn *querelirt* werden könne?
11. Ob dise *Querela inofficiosi* auch denen Stieff-Brüdern und Schwestern zustehe?
12. Item denen Bruders oder Schwester Kindern?
13. Wann mit der *Querela inofficiosi* der rechte Bruder mit dem Bluts-Freund zusammen kommt, wer den anderen ausschliesse?
14. Was Rechtens, wann die eingesetzte leichtfertige Persohn die Erbschafft nicht annimmt, ob dessen *Portion* dem miteingesetzten Erben zuwachse, oder denen Brüdern oder Schwestern zufalle?
15. Wann der Bruder seine Schwester, so ein Hur ist, eingesetzt hat, ob der ehrliche Bruder das *Testament* des Bruders bestreitten könne?

1. Wir haben bißhero von der Kinder Noth-Gebühr geredet, jetzt wird in disem Art. wegen der Legitima der Brüder und Schwestern die Frag gestellt, und es antwortet der Art., daß der Bruder oder Schwester nicht schuldig seye seine Mit-Brüder oder Schwestern, noch weniger deren Kinder, und andere Seiten-Befreundte in der Legitima, oder sonsten in etwas als Erben einzusetzen, oder sonsten etwas als ein Legat zu vermachen, weil sie von Rechts wegen keine Noth-Erben seynd. Hartm. Hartm. lib. 2. tit. 43. obser. 6. n. 14. Jul. Clarus. §. testamentum quæst. 50. n. 3. Grass. §. Legitima. quæst. 6. Berlich. part. 3. conclus. 11. n. 12. Und deßwegen kan ein Bruder oder Schwester, die vom Bruder oder Schwester im Testament umgangen worden, das Testament nicht bestreitten. Clarus loc. cit. Gomez var. resol. tom. 1. cap. 11. n. 37. Wann schon die Umgehung ohne Ursach geschehen ist, und es kan ein Bruder oder Schwester eine gantz fremde Persohn als Erben einsetzen, also daß er seiner Brüder und Schwestern mit keinem Wort gedenckt, weilen eben darum, wann ein anderer als Erb eingesetzt worden, die Umgehung der Brüder oder Schwestern für eine Enterbung gehalten wird. Tusch. lit. P. conclus. 659. Gomez loc. cit. n. 37. Wo n. 39. er beysetzt, daß dise Regul auch im Gewissen Platz habe, weil der Bruder des Bruders oder Schwester, wie gesagt worden, kein Schuldner ist.

2. Der eintzige Casus wird ausgenommen, wann die fremde Persohn als Erb eingesetzt eine unehrliche schlechte leichtfertige Persohn ist. §. 1. Inst. de inoff. test. L. fratres 27. Cod. de inoff. test. Unser Art. aber nennet eine schlechte unehrliche Persohn, welche eine Mackel am Leben und Ruff, und keinen guten Nahmen hat, dann weilen durch Einsetzung eines solchen Erben, so keinen guten Ruff hat, der gantzen Famili ein Injuri zugefügt würdet, so ist denen Brüdern und Schwestern solche Rech in Rechten zugelassen worden, damit sie solche durch Bestreittung des Testaments auslöschen können.

Wann man fragt, mit was Mittel sie das Testament bestreitten können? 3. So wollen gemeiniglich die Rechts-Gelehrte, daß ein Bruder oder Schwester des Bruders oder Schwesters Testament, wann eine leichtfertige Persohn eingesetzt worden, quereliren müssen, und daß ihnen das Mittel das Testamentum zu zernichten nicht zustehe, wie doch solches obbesagter massen denen Kindern und Eltern zustehet. Jul. Clarus dict. quæst. 50. n. 1. Gomez loc. cit. n. 37. Berlich. loc. cit. conclus. 11. n. 12.

Unter disen beyden Mittlen aber ist 4. diser Unterschied, daß die Querela inofficiosi Testamenti nur 5. Jahr, das Recht das Testament zu annulliren aber 30. Jahr daure, und wir erkennen, daß zwar dises dem gemeinen Recht nach wahr seye, weilen aber unser Art. ausdrucklich sagt, daß die Einsetzung einer bemackleten Persohn, da Brüder oder Schwestern verhanden, lediglich gantz ungiltig seye, deßwegen ist sehr zweiffelhafftig, ob nicht denen Brüdern und Schwestern das Recht das Testament zu annulliren zustehe? Daß also ihnen nichts in Weeg stehet, wann sie inner 5. gantzer Jahren, villeicht, weilen sie die Leichtfertigkeit des Lebens der eingesetzten Persohn gleich zu Anfang nicht haben sattsam erweisen können, geschwiegen, und das Testament nicht bestritten haben, weilen das Recht das Testament nichtig zu erklären noch übrig wäre.

Aus welchem auch leichtlich die Antwort entspringete, auf die andere Frag, welche die DD. setzen, ob nemlich die Brüder und Schwestern, nachdeme eine bemacklete Persohn eingesetzt worden, das Testament völlig, oder nur, was die Noth-Gebühr betrifft, umstossen? Dann wann unser Art. solche Einsetzung völlig, nichtig und ungiltig macht, also, daß er denen Brüdern und Schwestern das Nullitäts-Mittel zueignet, so wäre simpliciter zu sagen, daß das gantze Testament umgestossen werde, und villeicht, wie uns gedunckt, die Erbschafft-Nemmung ab intestato Platz habe. Wäre also die Untersuchung diser Frag unnutzlich, welche die DD. so zweiffelhafftig machen, wie zu lesen ist bey Manz. de test. tit. 9. quæst. 3. per totum. Was ist aber Rechtens, wann man auch dise Meynung wegen Nullität des Testaments, wann ein bemacklete Persohn als Erb eingesetzt worden, nach unsern Land-Recht nicht, sonder allein die Querelam inofficiosi zulaßt, wie ich weiß, daß meine Herrn Mit-Räth dise Meynung hefftig behauptet haben, nichts destoweniger sagen wir, daß, nachdeme das Brüderliche Testament wegen eingesetzter bemackleter Persohn umgestossen worden, denen Brüdern und Schwesteren nicht allein die blosse Noth-Gebühr, sonder jene gantze Portion gebühre, welche der bemackleten Persohn hinterlassen worden, wann solche schon die gantze Erbschafft erschöpft. Dessen ist dem gemeinen Recht nach die Ursach, weil das burgerliche Recht nicht gestattet, daß einer zum Theil mit einem Testament, und zum Theil ohne ein Testament absterbe. L. jus nostrum 7. ff. de R. J. Welches ja geschehete, wann die umgangene Brüder und Schwestern die Noth-Gebühr, die bemacklete als Erbin eingesetzte Persohn aber den Uberrest bekommete. Für dise Meynung haben wir einen Text in L. Paconius 3. ff. si â pat. quis manumiss. &c. wo gesagt wird, daß, wann der vom Vatter emancipirte, oder manumittirte bemacklete Persohnen als eine Hur und dergleichen zu Erben eingesetzt hat, dem Vatter die Possession aller Güther wider das Testament gebühre. Also auch ist denen Brüdern und Schwestern die Querela inofficiosi zum Haß der bemackleten Persohn in solidum zu zu lassen.

6. Es laßt auch unser Art. jenen Unterschied nicht zu, welchen einige machen, ob denen Brüdern oder Schwestern etwas im Testament des Bruders oder Schwesters, in welchem ein bemacklete Persohn eingesetzt worden, Erbsatzungs-Weiß oder als ein Legat vermacht worden, oder nicht? Dann in solch beyden Fall ist das Testament Krafft unsers Art. ungiltig, Krafft der Wort: Ob gleich die Geschwistrigt in solchem Testament zu Erben eingesetzt, oder sonsten wären bedacht worden. Weilen aber dem gemeinen Recht nach die widrige Meynung wahrhaffter ist, so setzen wir billig hier einen neuen Unterschied zwischen dem Gemeinen und unsern Land-Recht an, weil der Art. ausdrucklich sagt, daß alle Erbschafft, oder Geschäfft gegen des Testirers Geschwistrigt gantz und gar ungiltig seyn sollen. Wann also dise Wort von der Nullität des Testament, oder jedwedern letzten Willens nicht verstehen wilst, so müssen sie nothwendig also ausgelegt werden, daß die Querela inofficiosi das Testament völlig umstosse, und nicht nur was solchen Falls die denen Brüdern und Schwestern zuständige Noth-Gebühr betrifft, Krafft der Wort: Soll gantz und gar ungiltig seyn.

Was ist aber Rechtens, wann neben der bemackleten Persohn auch eine andere ehrliche zum Erben eingesetzt worden, ob wohl der bemackleten Persohn Portion der zugleich als Erben miteingesetzten Persohn zuwachsen, oder denen Brüdern oder Schwestern zufallen müsse? Krafft unsers Principii, daß solche Einsetzung einer bemackleten Persohn von Rechtswegen nichtig seye, scheinet, man müsse nothwendig sagen, daß der einer bemackleten Persohn vermachte Theil der ehrlichen Persohn zuwachse, weil niemand, wie erst zuvor gemelt worden, theils mit, und theils ohne Testamet sterben kan. Aber Gomez loc. cit. cap. 11. n. 37. sagt gantz recht, daß der einer bemackleten Persohn hinterlassene Theil denen Brüdern und Schwesteren zufalle. 7.

Man wird subtil entgegen setzen, daß Gomez nach seinen Principien rede, weil er denen Brüdern und Schwestern das Testament zu annulliren nicht, sonder allein das Recht das Testament zu querelliren zulaßt, wodurch allein das Testament umgestossen, und denen Klägern allein die der bemackleten Persohn vermachte Portion zugesprochen wird. Wann wir aber sagen, daß das Testament, welches zu Favor der bemackleten Persohn gemacht wird, von Rechtswegen nichtig und ungiltig seye, so scheint ein nothwendige Folge zu seyn, daß solcher nichtig und ungiltig vermachter Erbs-Theil dem andern Erben zuwachsen müsse, der giltig eingesetzt worden. Hierauf aber könnten wir leichtlich antworten, daß das Gesatz das Testament zernichte, was die

die Einsetzung der bemackleten Persohn betrifft, allein zum Favor der Brüder und Schwestern zu dem Ende, damit sie die injuri, welche ihnen durch Einsetzung bemackleter Persohn zugefügt worden, durch dise Action rächen können, nicht aber zu Favor eines Fremden zugleich mit eingesetzten Erbens. Und deßwegen braucht der Art. dise positivè Wort: Daß alles, was solchen leichtfertigen Leuthen verordnet wird, den Geschwistrigten folgen soll. Wann du fragst aus was Ursach oder Titul? So werden wir entweders sagen, als Erben ab intestato, oder ex Conditione ex lege provinciali. Dann obwohlen dise Regul wahr ist, daß niemand zum Theil ohne, und zum Theil mit einem Testament absterben könne, so fallet doch dise Regul in disem sonderheitlichen Casu, wo zum Haß oder bemackleten Persohn das Testament zernichtet, und denen Brüdern und Schwesteren das Erben ab intestato unverruckt erhalten wird, gleichwie auch ein Soldat dise besondere Freyheit hat, daß er Theils mit, und Theils ohne Testament sterben kan, Wann du aber so gewissenhafft bist, daß du bey diser Regul, daß niemand Theils mit, und Theils ohne Testament sterben kan, gar keine Exception zulassen willst, so wird ich sagen, daß denen Brüdern und Schwestern, wann ihnen das Erben ab intestato benommen, ist die Conditio ex lege zustehe, und jenes, was der Condition unterworffen ist, als eine fremde Sach dem Erben nicht zuwachsen könne. Nichts destoweniger, wann einer pur behaupten will, daß allein die Querela inofficiosi Platz habe, wird ich mit ihme mich nicht vil zerfallen, weil solch beyde Mittel der Nullität, und der Quærelæ unsers Erachtens gleiche Würckung haben, und der bemackleten Persohn die völlige Portion wegnemmen. Wann du weiters einwendest, daß die Wort unsers Art. ist gantz und gar ungiltig allein von Umstossung zu verstehen seyen, ist ungiltig, was die Würckug betrifft, weilen durch die Querelam inofficiosi das Testament umgestossen und entkräfftet werden kan. Fürwahr dise Auslegung ist gar zu hart, und gantz unmöglich, dann wann unsere Land-Recht von denen Remediis rescissoriis reden, so gebrauchen sie weit andere Wort,
8. wie in dem 35. Tit. 1 Art. ist aufzuheben, und wider abzuthun. Eben dises können wir erweisen aus mehr andern Orten und Stellen unserer Land-Recht, welche von denen Remediis rescissoriis handlen, wie aus dem 7. Tit. der Land-Recht zu ersehen, wo der gantze Titul das Remedium rescissionis in Kauff und Verkauffs Sachen nennet, die Widerlösung, und Aufhebung. im Summarischen Process Tit. 2. die Anfechtung und Widertreibung. In der Materi der Restitution in integrum wider die unterlassene Errichtung eines Inventarii Tit. 43. der Land-Recht 8. Art. und in der Verjährungs Materi, die Wideraufhebung Auflösung. Und nirgend werden, wie in disem unsern Art. so nachdruckliche Wort gebraucht, daß solche Erbsatzung oder Geschäfft gantz und gar ungiltig seyn soll. Dann was nicht ist, daß kan ja nicht aufgehoben werden? Doch in jenem Fall, der uns allzeit gantz klar und handgreifflich zu seyn vorkommen, haben wir unsern Mit-Rächten nicht entgegen seyn wollen, weilen wir in disem alle einhellig gewesen, daß all jenes, was einer bemackleten Persohn durch letzten Willen vermacht worden, denen Brüdern und Schwesteren zufalle, und allein indeme unsere Meynung favorabler gewesen, weil das Nullitäts Beneficium 30. Jahr dauret, das Beneficium querelandi aber sich in 5. Jahren endet.

Gemeiniglich setzen die Rechts-Gelehrte nachfolgende Ausnahm, daß, wann schon eine bemacklete Persohn als Erb eingesetzt worden, die Brüdern und Schwestern doch nicht zur Brüderlichen oder Schwesterlichen Erbschafft zugelassen werden. Erstlich wann sie wider den Testirer eine Enterbungs Ursach begangen haben. Gomez. dict. cap. 11. n. 37. Grass. §. Testamentum quæst 46. n. 2. Welches wir zulassen können, doch nicht anderst, ausser in 3. Fällen, wann nemlich ein Bruder dem anderen, ein Schwester der anderen am Leben nachsetzt, oder 2. widerselben eine Criminal Klag anstellt, oder 3. selben um seine Güther zu bringen, oder grossen Schaden zu zu fügen trachtet. Krafft des ausdrucklichen Text in Novell. 22. cap. 47. wo der Text sagt, daß dem Bruder das Recht zu erben, wann eine bemacklete Persohn als Erb eingesetzt worden, nicht gestattet werde, wann der Bruder den Testirer hat umbringen, oder wider ihn ein Criminal Klag anstellen wollen, oder ihne an seinen Mittlen grossen Schaden zugefügt hat. Und obwohlen von disen 3. dem gemeinen Recht nach ausgenommenen Fällen unser Art. lediglich nichts sagt, so glauben wir doch festiglich, daß eben diß nach unsern Bayrischen Statuten Rechtens seye, weilen ja ein schwere Undanckbarkeit der Injuri vorwigt, welche einer Famili durch Einsetzung einer bemackleten Persohn zugefügt wird, unterdessen müssen wir die Undanckbarkeit oder Enterbungs 9.

erbungs Ursachen der Brüder und Schwestern in ihren Schrancken halten, und weiters nicht erstrecken, weil dem Sprichwort nach der Brüder Einigkeit rar ist, wie Justinianus selbsten in dict. Novell. 22. cap. 47. erkennt, daß die Brüder gegeneinander vile Zwistigkeiten haben, welche wir kleine Zwitrach nennen können, Krafft des Text. in L. 42. ff. de don. inter vir. & ux. & L. 31. ff. de jure dotium. l. 27. Cod. de pact. dotal. in Ansehung deren nicht zugelassen werden soll, daß ein Bruder oder Schwester in der Erbschafft eine Hur, oder Hurn-Buben vorziehen soll. Wann nicht

10. Andertens der Bruder oder Schwester, da sie eine bemackłete Persohn einsetzen, überwiesen werden können, daß sie selbsten in solchem Laster versenckt seyen, dann, wie wir oben Krafft der Novell. 115. cap. 3. §. si præter 10. von denen Eltern gesagt haben, schlecht zu seyn, in einem andern etwas anden wollen, was einer an ihm selbsten hat, also ist solches auch noch weit schlechter bey Brüdern und Schwestern, und hier hat das Sprichwort Platz, der Kössel hat dem Haasen nichts auszurupfen, wie der Poët gesagt hat

Væ tibi tu! nigræ dicebat cacabus ollæ.

11. Ein noch zweyfelhafftigere Frag kan seyn, ob, wann ein Bruder oder Schwester nur einen Stieff-Bruder oder Schwester von der Mutter her hat, auch ihnen dises Beneficium dises Art. zustehe? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen in L. fratres 27. Cod. de inoff. test. ausdrucklich gesagt wird, daß die Stieff-Brüder oder Schwestern von der Mutter her wider das Testament des Bruders oder Schwester die Action inofficiosi Testamenti nicht haben, die Stieff-Brüder oder Schwestern vom Vatter her aber wider des Bruders oder Schwester Testament die Action inofficiosi erwecken können, wann die eingesetzte Erben eine Mackel haben; Wir müssen aber fürwahr sagen, daß diser Text in unsern Land-Recht corrigirt worden, absonderlich, wann wir das Recht das Testament zu annulliren behaupten und beschützen wollen. Dann unser Art. redet glathin von den Geschwistrigten, aber die Brüder und Schwestern von der Mutter her seynd wahrhaffte Geschwistrigten. Hernach 2. ist der Haß unsers Art. gegen dergleichen bemackłete Persohnen so groß, daß vorbesagter massen alle Vermächtnuß Erbsatzungs, oder Legats-Weiß von Rechtswegen nichtig ist; Woraus ich also argumentire, der Text in L. fratres 27. Cod. de inoff. testam. benimmt allein denen Brüdern und Schwestern von der Mutter her die Querelam inofficiosi: Unser Art. aber verwirfft den völligen letzten Willen, und zernichtet selben; Also wann keine Schwestern oder Brüder von Vatter und Mutter her verhanden seynd, so fallt die Erbschafft ab intestato an, und deßwegen bekommen die Brüder und Schwestern von der Mutter her des verstorbnen Verlassenschafft völlig, auch, wie wir zu vor schon gesagt haben, wann neben der bemackłeten Persohn auch ein anderer fremder Erb eingesetzt worden. Endlich 3. gehörete vor Altem das Privilegium dict. L. 27. der Agnation zu, heut zu Tag aber ist der Unterschied bey denen Erbschafften ab intestato unter Agnaten und Cognaten aufgehoben worden.

Ja wir sagen noch mehr, obwohlen dem gemeinen Recht nach dises Privilegium auf der Brüder und Schwesteren Kinder nicht erstreckt wird, Krafft des Text in L. fratres 31. Cod. de inoff. test. Gomez. loc. cit. Grass. loc. cit. n. 6. Berlich. dict. conclus. 11. n. 14. weilen die Querela inofficiosi allein auf die rechte Brüdern und Schwester, und die vom Vatter her eingeschränckt ist, daß jedoch nach diser Auslegung ein anders zu sagen seye, wann man mit uns zulaßt, daß die Erbs-Einsetzung einer bemackłeten Persohn gantz und gar nichtig sey, und die Erbschafft ab intestato anfalle, weilen ab intestato, wie bekannt ist, der Brüder und Schwester Kinder mit ihren Vatters oder Mutters Brüdern zur Erbschafft in Stirpes zugelassen werden, ja sie schliessen auch aus die Brüder und Schwestern, so nur einbindig seynd, wann man aber lieber behaupten will, daß die Erbs Portion, so der bemackłeten Persohn zugemeynt worden, denen Brüdern und Schwesteren auf keine andere Weiß zufalle, ausser wegen habender Querelæ inofficiosi, so lassen wir gern zu, daß solche Querela nur denen rechten Brüderen und Schwestern, und denen vom Vatter her, auf keine Weiß aber denen Encklen aus ihnen, noch vil weniger denen Brüdern und Schwestern von der Mutter her, welche von denen aus rechten Brüdern und Schwesteren gebohrnen Kindern bey denen Erbschafften ab in-testato ausgeschlossen worden, zustehe. Weil diß alles dem gemeinen Recht nach sonderheitlich verordnet, und in disem Art. benantlich nichts corrigirt worden ist. 12.

Was ist aber zu sagen, wann zwey Brüder zusammen kommen, deren einer zu

zu dem Testirer, welcher ein bemacklete Persohn als Erben einsetzt, ein rechter, und der ander ein Stieff-Bruder vom Vatter her ist, thut wohl der rechte Bruder den Stieff-Bruder ausschliessen? Und wir antworten, wann man mit uns zulaßt, daß wegen der Nullität die Erbschafft ab intestato anfalle, so muß man ja zulassen, daß der Stieff-Bruder vom Vatter her vom rechten Bruder ausgeschlossen werde: Wann aber nicht zugelassen wird, daß die Erbschafft ab intestato zufalle, sonder daß allein die Querela inofficiosi Platz habe, so bekennen wir frey, daß solche Querela nach den alten Gesätzen dem Stieff-Bruder vom Vatter her mit dem rechten Bruder zustehe, weilen was dise Querelam anbetrifft weder die Zweybindigkeit, nach das Repræsentations-Recht Platz hat.

Was ist aber Rechtens wann man setzt, daß die eingesetzte bemacklete Persohn die Erbschafft nicht annimmt, thut wohl die ihr vermeynte Portion dem Fremden zugleich eingesetzten Erben zuwachsen, oder denen Brüdern und Schwestern zufallen? Hierauff antwortet Gomez loc. cit. vers. septimo. Daß in disem Fall denen Brüdern und Schwestern nichts zufalle, sonder alles dem mit eingesetzten Erben verbleibe, nach seinen Principien, weilen, wann die Erbschafft nicht angenommen wird, die Querela inofficiosi nicht Platz hat. Weilen aber unser Art. unserer bißhero satsam ausgeführter Meynung nach zu Favor der Brüder und Schwestern verordnet, daß solche Einsetzung von Rechtswegen ungiltig ist, nichtig seye, und die der bemackleten Persohn vermachte Portion denen Brüdern und Schwestern zu gehen müsse, so ist an sich selbsten klar, daß auch die nicht Annehmung der Erbschafft nicht habe geschehen, und folglich wegen solcher Repudiation das Anwachsungs Recht nicht habe Platz finden können. Ein anders wäre von der Querela inofficiosi zu sagen, weil selbe durch die Repudiation erlöschete.

Setze aber, daß der Testirer ein Schwester, so eine Hur ist, und einen Bruder, der ein ehrlicher Mann ist, hinterlassen habe. Kan wohl der Bruder des Bruders Testament bestreiten, wann er umgangen, die Schwester aber, so ein Hur ist, als Erbin eingesetzt worden? Und es antwortet Gomez. tom. 1. cap. 11. n. 37. vers. octavo. daß, wann eine bemacklete Persohn eingesetzt worden, die Querela inofficiosi nicht Platz habe, wann solche sonsten ab intestato geerbt hätte. Aber dise Meynung leidet Krafft unsers Art. eine Beschwernuß, dann obwohlen die Schwester, so eine Hur ist, mit ihrem Bruder, der ein ehrlicher Mann ist, die Helffte von der Brüderlichen Erbschafft erbet, welche ihr in dem Testament hat vermacht werden können, weil sie solchen Theil auch ab intestato bekommen hätte ob aber ihr auch die andere Portion der Helffte, so ab intestato dem Bruder getroffen hätte, hat vermacht werden können, das glauben wir kaum, daß es dern Absehen unsers Art. conform seye, weilen wahrhafft ein solches Weibsbild, so ein Hur, auch ein bemacklete Persohn ist, und also, was ihr zu Præjudiz des Bruders vermacht wird, Krafft unsers Art. nichtig und unkräfftig ist, oder gewiß umgestossen worden muß, weil der Art. von jedwederer bemackleter Persohn redet, daß, wann man jene ausnehmen will, welche sonsten ab intestato erbt, nöthig ist, was jenen Theil betrifft einen Ausnahm zu machen, welchen sie ab Intestato nicht wurde geerbt haben. 18.

Der achte Articul.

Nicht allein diejenige, welche vermög der Rechten, Ehr-lose, und untichtige Persohnen, sonder auch die, welche sonsten ein Mackl, oder bösen Ruff haben, mögen im Fall, wann der Testirer Geschwistrigt hat, zu Erben nicht eingesetzt, noch sonsten mit andern Geschäfften begabt werden, dahero unter dieselbige nicht allein die, welche sonsten in keinem Testament Erben seyn künten, sonder auch andere leichtfertige Persohnen, als Schalcks-Narren Gauckler, Lotters-Buben, uneheliche Kinder, item die in offner Unzucht und Concubinat Leben, und dergleichen liederliche Leuth seyn, welcher insgemein ein bösen Nahmen, Leunmuth, und Beruff haben, sollen gezehlt werden.

Sum-

Summaria.

1. Welche Persohn häßlich leichtfertig und unehrlich genennt werde?
2. und 6. Ob auch die *infame* Leuth, so *Infamiam juris & facti* haben, darunter begreiffen?
3. Die Huren und Beyschlaffer?
4. Die Schalcks-Narrn und Gauckler?
5. Item die unehelich gebohrne?
7. Was Rechtens, wann die *Infame Infamia Juris facti* die *Restitution in integrum* erhalten, ob sie nichts destoweniger unter die Bemackelte gezehlt werden?

1. DAmit unsere Bayrische Land-Recht sattsam an Tag legen, mit was Haß und Widerwillen sie das liederlich Leben verfolgen, so haben sie disen Art. besonders gesetzt, welche Persohnen für leichtfertig und unehrlich, auch solchen Lebens und Ruffs zu halten seyn, daß sie weder in Testament der Brüder und Schwestern Erben seyn, noch auf eine andere Weiß etwas erlangen können, wann Brüder oder Schwestern verhanden seynd. Und vor allem, was die infame Leuth betrifft, werden selbe sattsam beschriben in L. 1. ff. qui notantur infamiâ. und ist eine allgemeine Regul, daß man ohne Verbrechen nicht infam werde. DD. communiter ad dict. L. 1. Also alle, welche Infamiam juris haben, wann umgangene Brüder oder Schwestern verhanden, können als Erben nicht eingesetzt werden, ja es kan ihnen auch sonsten durch andern letzten Willen nichts vermacht werden; Weilen dann nicht gedultet wird, daß in des Bruders Testament ein dem leichtfertigen Leben ergebne Persohn als Erbin kan eingesetzt werden, wie kurtz hernach folgt, so ist an sich selbsten klar, daß in einer Persohn, so Infamiam juris hat, solche noch weniger gedultet werde.

3. Es setzt also der Art. 2. bey, daß unter dergleichen Leuthen auch andere begriffen seyen, welche am Leben eine Mackl, bösen Nahmen und Ruff haben, unter welchen hauptsächlich seynd, die Hurn Leben führen; Dann obwohlen die Huren und Beyschlaffer Erben seyn, und Erben einsetzen können, wie wir oben gesagt haben, daß auch das Römische gemeine Weesen zugelassen habe, daß die Huren erben können, so scheint doch unbillig zu seyn, daß dergleichun Persohnen denen Brüdern und Schwesteren die ihnen ab intestato gebührende Erbschafft wegnemmen sollen.

4. Es schreitten unsere Land-Recht weiters, und thun dergleichen leichtfertigen Leuthen auch die Schalcks-Narrn, und Gauckler beyzehlen, wovon oben Tit. 35. Art. 2. Vers zum zehenden wir ein mehrers gesagt haben, und disen haben wir ein gantz anders Register dergleichen liderlichen Leuthen beygesetzt, wohin wir den Leser anweisen. Dann wann die Eltern ihre Kindern, so dergleichen Leichtfertigkeit ergeben seynd, enterben können, so muß noch vilmehr ehrlichen Brüdern und Schwesteren die Querela inofficiosi Testamenti, oder Krafft unsers Art. das Recht das Testament des Mit-Bruders oder Schwesters zu zernichten zuständig seyn.

Diß kan einem wunderlich vorkommen, daß unsers Art. disen Persohnen auch zugeselle Die uneheliche Kinder, weil dergleichen Leuth nicht aus eignen, sonder fremden Verschulden leiden. Wie wir bey dem 7. Tit. 19. Art. des Summarischen Proceß ausgelegt haben. Mit diser unserer Verordnung kommt übereins der Text in L. fratres 27. Cod. de inoff. test. wo er sagt, daß alsdann denen Brüdern und Schwestern die Querela inofficiosi zustehe, wann die eingesetzte Erben infam, leichfertig seynd, oder ein andere geringe Mackl haben, mit dergleichen Mackl die uneheliche Kinder begabt seynd. 5.

Disen wird man nicht unbillig beygesellen, welche ein Zeugenschafft zu geben mit Geld bestochen worden zu seyn, überwiesen, aber noch nicht condemnirt worden. Item, welche wegen erwartenden offentlichen Gericht in Gefangenschafft ligen, item, welche unter jene, auf welche zu inquiriren ist, notirt worden, Cujac. lib. 2 ad tit. Cod. de dign. in princ. dann bey rechtschaffenen ehrlichen Männern seynd auch solche schwartz angeschriben, obwohlen sie die Infamiam juris nicht haben. L. ob hæc verba ff. de his, qui not. infam. L. ea. L. verbum. L. interlocutio. Cod. ex quib caus. irrog. infam. Diß wird Infamia facti genennt, in welche man zweyfach verfallet, als, wann ein gewisses Gesatz ein Factum nicht zwar durch Sentenz notirt. L. palam §. quæ in adulterio ff. de rit. nupt. L. Imperator. ff. de his, qui not. infam. Oder, wann ein Factum bey ehrli- 6.

ehrlichen guten Männern ein widriges Ansehen erhaltet: Weilen nun obangeführter Text in L. fratres 27. ff. de inoff. test. alle auch geringe Mackl für genugsam erkennt, daß die Brüder und Schwestern des Brüders oder Schwesters Testament quereliren können, so zweifflen wir nicht, daß solche auch von der Infamia facti verstanden werden müsse, oder, in welche man aus Verordnung des Gesatz, oder Ermäßigung ehrlicher und stand-
2. haffter Männer verfallet; Ja wir getrauen uns zu sagen, daß, wann einer in eine Infamiam juris verfallen, wann er schon in integrum restituirt worden, dannoch für eine solche Persohn zu halten seye, die bemacklet ist, wegen welcher Mackl der Bruder des Bruders Testament nicht recht quereliren kan, nach des Kaysers Claudii Aussag, da er einem die Infamitdt auf Erbittung guter Freund nachgelassen hatte, die Mackl doch, sagt er, bleibt doch allzeit, vermeynet, daß allezeit von der nachgelassenen Infamia etwas verbleibe. Schrad. in Lex. vers. infamia. Wo er den Plautum in Persien citirt, welcher sagt, der Menschen Infamia ist unsterblich, welche noch lebt, da man vermeynt, sie seye gestorben. Wie gemeiniglich von denen Legitimirten und Restituirten das Sprichwort ist, daß allzeit einige Mackl anklebe, worüber sie die brieffliche Urkunden im Sack herum tragen, oder im Kasten sorgfältig ansbehalten. Lese, was wir oben bey dem 2. Art. 35. Tit. Vers zum zehenden geschrieben haben.

Der neunte Articul.

Wann die Nothgebührnuß berechnen, und wissen will, ob solche der dritte, oder der halbe Theil seyn soll, dessen, was sonsten ein Persohn, deren man die Nothgebührnuß schuldig, wann kein Testament gemacht wäre, erben möcht, muß man die Töchtern, welche sich Vätter- und Mütterlichen Guths verziehen haben, gleich so wohl rechnen, als die unverziehne Kinder, welches auch ebenfals von den Söhnen zu verstehen, da sie sich in einem, oder andern Fall Vätter und Mütterlichen Erbs verzigen hätten. Ware aber einer solchen Persohn allbereit ein Erbschafft, vor einiger Verzicht angefallen, und dieselbe solche Erbschafft verwerffe, und also nicht Erb seyn wolt, oder daß ein solche Persohn, wie recht ist, enterbt worden, ist solche in die Zahl der andern Kinderen, welche Erben seyn, nicht zu rechnen.

Summaria.

1. Weilen bey Anrechnung der Nothgebühr auf die Anzahl der Kinder gesehen wird, welche in der Zahl der Kinder begriffen seyen?

2. und 4. Ob die verziehne Töchtern auch unter die Kinder gerechnet werden, zu Vermehrung oder Verminderung der Nothgebühr?

3. Ob die Mönch und *Religiosen* unter die Kinder gezehlt werden?

5. und 7. Ob ein rechtmässig enterbtes Kind unter die Zahl der Kinder zu Vermehr- oder Verminderung der Nothgebühr gehöre?

6. Was Rechtens, wann mit denen Kindern auch ein fremder Erb in der Nothgebühr eingesetzt worden, ob solchem die *Portion* des Enterbten zuwachsen könnne?

8. und 16. Ob die undichtige Kinder die Nothgebühr der Brüder und Schwestern mehren, oder mindern könne?

9. und 15. Ob jener, der seinen Erbs-Theil freywillig verwirfft unter die Kinder zu Mehr- oder Minderung der Nothgebühr gezehlt werden?

10. und 11. Ob die *Portion* dessen, so die Erbschafft verwirfft, den übrigen Brüdern zuwachse, wann schon zugleich fremde Erben eingesetzt seynd?

12. Ob das *Jus accrescendi* Platz habe in der Nothgebühr?

13. Was Rechtens, wann die Kinder nicht in der blossen Nothgebühr, sonder mit mehrerem eingesetzt worden, ob nicht der verworffne Theil dem zugleich eingesetzten fremden Erben zuwachse?

14. Wann aber die Erbschaffts Verwerffung ausdrucklich zu *Favor* der Brüder geschieht, ob solches dem zugleich eingesetzten Erben in Weeg stehe?

1. In dem ersten Art. dises Tituls ist gesagt worden, wann einer 5. oder mehr Kinder hinterlaßt, daß deren Nothgebühr die Helffte seye, wann er aber nur 4. Kinder oder weniger hinterlaßt, daß deren Nothgebühr ein Drittel seye, oder der dritte Theil dessen, was eines aus den Kindern, nach bezahlten Schul-

Schulden für seinen Erbtheil ab intestato wurde bekommen haben. Weilen aber in der Zahl der Kinder offt solche Persohnen gesunden werden, welche wegen zerschidenen Ursachen nicht erben können, als etwann wegen eydlichen Verzieht, wegen eines Statuti, wegen Unfähigkeit, wegen rechtmässiger Enterbung, und endlich wegen der Erbschaffts-Verwerffung, so ist wegen all disen eine kürtzliche Untersuchung zu machen, ob und wann zu Vermehr- oder Verminderung der Nothgebühr solche Persohnen anzurechnen seyen? Dise Materi ist sehr verwirrt, worüber schreiben Gail. 2. obs. 122. fachin. lib. 4. controv. cap. 31. Gomez var. resolut. tom. 1. cap. 11. Ant. de Rossell. in tract. de success. ab intest n. 241. & seq Hunius ad treutl. thes. 15. quæst. 37. Berlich. part. 3. conclus. 12. n. 9. Manz. de test. tit. 12. an welche wir den geneigten Leser anweisen, damit wir kürtzer abbrechen können.

2. Nun ist die erste Frag wegen denen verziehnen Weibs-Persohnen; von welchen unser Art. dise Regul macht, daß sie eben mit anzurechnen seyen, wie die Kinder, so keine Verzieht abgelegt haben. Kürtzlich reden die Rechts-Gelehrte also: Eine verziehne und ausgesteurte Tochter macht einen Theil, obwohl sie zur Theilung nicht zugelassen wird; Weilen aber die Mit-Zehlung der verziehnen Tochter zur Vermehrung oder Verminderung der Nothgebühr gereichen kan, deßwegen entstehet gleich die Frag, ob in allen Fällen die verziehne Tochter unter die Kinder zu rechnen seye, es mag solche Mit-Zehlung zu Vergrösser- oder Verminderung der denen übrigen Kindern zufallenden Nothgebühr gereichen? Für den ersten Theil setze disen Casum. Ein Testirer hat 4. Söhn, und eine Tochter, welche nach empfangener Außsteur sich der Vätter- und Mütterlichen Erbschafft verzieht, ist wohl der Kinder Nothgebühr die Helffte, oder ein Drittel, zum Exempel, wann die gantze Vätterliche Erbschafft in 12000. fl. gebühren wohl denen Kindern für die Nothgebühr 4 oder 4000. fl. wann die verziehne Tochter mit denen übrigen Kindern anzurechnen ist, so ist an sich selbsten klar, daß denen Kindern 6000. fl. gebühren, weilen aber die Tochter wegen ihrer Verzieht zur Erbs-Theilung nicht mehr zugelassen wird, so macht sie der Brüderen Nothgebührs-Portionen grösser, daß jeder 1500. fl. bekommt, weil im Widerspiel, wann die verziehne Tochter unter die Kinder nicht gezehlt wurde, die Nothgebühr der 4. Brüder allein ein Drittel ist, das ist 4000. fl. daß einer mehr nicht als 1000. fl. bekommt; Das ander Exempel ist, welches auf die Minderung abzihlete: Dann setze, daß einer 3. Söhn und eine Tochter gehabt habe, welche sich der Erbschafft verziehet; Wann nun dise verziehne Tochter muß unter die Kinder gezehlt werden, wird man 4. Persohnen finden, unter welche das zertheilte Drittel der Erbschafft jeder Persohn nach dem gemachten Exempel mehr nicht als 1000. fl. zueignet, weilen hingegen, wann die Tochter unter die Kinder nicht wäre gezehlt worden, jedem zur Nothgebühr nach 333. fl. 20. kr. getroffen hätte. Nun sagen wir auf die gestelte Frag, daß nach unsern Land-Recht die verziehne Tochter allzeit mit zu zehlen seye, mit und neben denen andern Kindern, es mag solche Mitzehlung zur Vermehr- oder Verminderung der Nothgebühr gereichen. Obwohlen nun dise Meynung von sehr vilen Rechts-Gelehrten hart bestritten wird, weilen jedoch auch dem gemeinen Recht nach solche Meynung sehr vile DD. halten, so machen wir hier keinen Unterschied unter unsern Land, und dem gemeinen Recht, und sagen, daß dise Meynung um so mehr zu halten seye, weil sie zu Aufhebung viler Stritt dienet, dann es seynd schier so vil Meynugen, als vil Köpf der DD. daß man kaum fehlen kan, mag man sagen, was man will; Einige machen einen vernünfftigen Unterschied, ob die Verzieht zu Favor der Eltern, oder der Brüder zu Erhaltung der Famili geschehen seye, weilen scheint gantz recht zu seyn, daß der verziehne Theil jenem oder jenen zufalle, indessen oder deren Favor, und Nutzen die Verzieht geschehen ist, weilen aber dergleichen Verzieht, wie im 6. Art. enthalten, nach Gewohnheit unsers Vatterlands meistens zu Erhaltung adelicher Familien zu geschehen pflegen, welches Absehen so wohl auf der Eltern als der Brüder Ehr und Ansehen abzihlet, und unser Art. von disem Unterschied lediglich nichts meldet, so vermeynen wir, daß man lediglich bey der Regul verbleiben müsse, daß die verziehne Töchtern unter die Kinder zu Vermehr- oder Vermünderung der Nothgebühr zu zehlen seyen. Dann wann unsere Land-Recht disen Unterschied hätten begnehmigen wollen, so wäre nothwendig gewesen, daß sie verordneten, daß die Weibliche Verzieht zu Vermünderung der Nothgebühr niemahlen zu zu lassen seyen, damit nicht solche Verzieht, welche Krafft unserer Statuten absonderlich zu der Brüder Nutzen und Favor durch zu Zehlung der verziehnen Persohnen unter die andere Kinder denen Brüdern vilmehr ein Schaden, als Nutzen zugezogen wurde.

Nichts

Nichts destoweniger doch, weil, wie wir oben gesagt haben, dergleichen Verzicht nur in freyen Willen, und in keiner Schuldigkeit bestehen, wann der verzeihenden Persohn Absehen disem Gesatz oder Statuto ausdrucklich widrig ist, das ist, wann die verziehne Persohn sagt, ich will, daß mein Noth-Gebühr, dessen ich mich verzihe, entweders völlig, oder zum Theil meines Vatters freyer Disposition zufallen solle, oder hingegen zum Nutzen und Favor meiner Brüder, nicht zu Verminderung sonder zu Vermehrung der Noth-Gebühr derselben gereichen solle, so zweifflen wir nicht, daß nicht solche Verordnung zu halten seye, weilen ja ein jeder seiner Verzicht Condition beysetzen kan, wie er will.

3. Eben jenes, was wir bißhero von der Verzicht der Töchtern gesagt haben, ist auch von denen verziehten Söhnen zu verstehen. Zum Exempel, welche in ein Closter gehen, dann auch dise müssen denen übrigen Kindern so keine Verzicht abgelegt haben, zu Vermehr- oder Verminderung der Noth-Gebühr beygezehlt werden, weilen dißfalls unter dem Geschlecht der Verziehenden kein Unterschied ist, also lauthet unser Art.

4. Nun aber ist wegen der Töchtern, so keine Verzicht abgelegt haben, die andere Frag, welche Krafft des Statuti oder Gewohnheit nach empfangner Aussteur von der Vätterlichen oder Mütterlichen Erbschafft ausgeschlossen werden, ob auch dise denen verziehenden Töchtern gleich gehalten werden, daß sie zu Vermehr- oder Verminderung der Noth-Gebühr denen übrigen Kindern müssen beygezehlt werden, oder nicht? Uber dise Puncten mehrers zu reden wird sich Gelegenheit geben, wann wir unsere neue Verordnung von Töchtern, welche von Rechtswegen für verziehen zu halten seynd, auslegen werden, unterdessen sagen wir hier, daß unser Statutum die ausgesteurte Töchtern von der Erbschafft zu Favor der Söhnen um die Famili zu erhalten, ausschliesse. Ist also eben jenes von einer ausgesteurten und durch das Statutum ausgeschlossenen Tochter zu sagen, was wir zu vor auf gleiche Weiß, das ist, zu Favor der Brüder, und zu Erhaltung der Famili verziehnen Tochter gesagt haben. Dann wir sehen kein Ursach eines Unterschieds, warum ein anders von der durch das Statutum ausgeschlossnen, und ein anders von der durch Verzicht ausgeschlossnen Tochter solle gesagt werden. Und dessentwegen sagen wir in Conformität des vorigen, daß, wann das Statutum die Weibs-Bilder von der Erbschafft der Eltern zu deren Favor allein ausschließt, daß nemlich sie desto freyere Hand haben, ihre Mittel fremden Erben zuzuschieben, der verziehne Theil denen Elteren, und nicht denen Brüdern zufalle, zum Exempel, vor Altem ist der Kinder Noth-Gebühr allein in dem vierten Theil bestanden, welche hernach nach der Zahl der Kinder auf die Helffte oder ein Drittel vermehrt worden; Setze also, daß ein Statutum seye, daß einer Tochter nur der vierte Theil von jener Portion, was ihr ab intestato gebührt, zustehen könne, seynd von Rechtswegen von der Eltern übrigen Verlassenschafft ausgeschlossen seye. Gewiß, was Krafft solchen Statuti denen Töchtern abgehet, das fallt dem Vatter und seiner Verordnung anheim, und muß unsers Erachtens der Brüder Noth-Gebühr weder vermehren, noch vermindern. Gleichwie die DD. gemeiniglich Lehren, daß, wann die Statuten die Weibs-Bilder glatthin ausschliessen, ohne Betrachtung, ob sie ausgesteurt seyn oder nicht, oder ob ihnen für die Aussteur etwas hinterlassen worden, oder nicht, in solchem Fall die Weibs-Bilder für verstorben gehalten werden, und zur Berechnung der Noth-Gebühr denen Kindern nicht beygezehlt werden. Ant. Gabr. lib. 6. de legit. conclus. 2. n. 7. Grass. §. legitima. quæst. 7. n. 4. & seq. Hingegen, wann solches Statutum wegen eines Weibs-Bild, so entweders völlig ausgeschlossen, oder allein in etwas wenigen zugelassen wird, zu Nutzen und Favor der Brüder gemacht worden, so muß jenes, was solcher Tochter abgehet, nicht dem fremden Mit-Erben, sonder denen Brüderen zuwachsen. Ein mehrers werden wir sehen bey unserer neuisten Verordnung von Weibs-Bildern, welche nach empfangner Aussteur ohne Verzicht für ausgeschlossen zu halten seynd.

Die dritte Frag ist, wann ein oder anders aus den Kindern rechtmässig enterbt worden, ob solches unter die Zahl der Kinder zu Vermehr- oder Verminderung der Noth-Gebühr zu rechnen seye? Und unser Art. antwortet, daß solches in keinem Fall mit zu rechnen seye. Aus Ursach, weilen die Enterbte aus gerechter Ursach für todt gehalten werden, die Todten aber gehörn unter keine Zahl mehr. In welchem Puncten abermahlen die DD. nicht sattsam einig seynd, wie zu sehen ist bey Berlich. und Fachin. loc. cit. Damit die Sach klärer werde, so wollen sie wir durch Exempl erleuthern; Setze also, daß der Titius 4. Kinder habe, deren eines notorisch eine Enterbungs Ursach begangen 5.

hat, und deßwegen rechtmässig enterbt worden seye. Nun wird gefragt, bekommen wohl die drey übrige unschuldige Kinder das gantze Drittel, zum Exempel, wann die Erbschafft in 12000. fl. bestehet, mit 4000. fl. oder ob der Theil des Enterbten, das ist, 1000. fl. wegfallen? Und wir antworten, daß sie das völlige Drittel mit 4000. fl. erlangen, es geschieht nun dises jure accrescendi, welches einige auch in der Noth-Gebühr zulassen, oder wie Fachindus besser redet, durch Abwelzung der Hindernuß, als wolte er gleichsam sagen, der vierte Bruder, wann er keine Enterbungs Ursach begangen hätte, seye die Hindernuß gewesen, daß die übrige 3. Mit-Brüder nicht hätten das völlige Drittel bekommen können, weil ihme 1000. fl. als Noth-Gebühr zu Gefallen wären; Nachdeme nun durch die Enterbung dise Hindernuß auf die Seithen geschoben worden, so hindert nichts mehr, warumen nicht dem Recht nach das gantze Drittel denen unschulgen 3. übrigen Brüdern zufallen solle.

6. Was ist aber Rechtens, wann jeder aus denen übrigen 3. Söhnen anstatt der Noth-Gebühr mit 1000. fl. eingesetzt, und ihnen ein anderer fremder Mit-Erb beygesellet worden, muß nicht solchensfalls das vierte 1000. fl. vom Drittel dem universal Erben zuwachsen? Es scheint, man könne mit Ja antworten, weil darfür gehalten wird, der Vatter habe vil mehr zum Nutzen seines universal Erben die Enterbung gethan, als zu Favor seiner Particular Erben, weil darfür gehalten wird, daß er den Universal-Erben mehr geliebt habe. Hernach erhellet, absurd genug zu seyn, daß wegen des vierten Sohns Verbrechen denen drey unschuldigen Kindern der Gewinn mehrers zu gehen solle, als dem Vatter, dem die Injuri angethan worden, und welchen der universal Erb repræsentirt. Dessen doch uneracht, bleibt obige Antwort standhafft, daß das völlige Drittel denen unschuldigen Brüdern zukommen müsse Aus Ursach, weilen, wie wir gesagt haben, der Enterbte für tod gehalten wird, die drey unschuldige Brüder aber, wann der undanckbare Bruder vorverstorben, oder nicht gebohren worden wäre, wurden ohne Anstand das völlige Drittel erlangt haben, also auch gebührt ihnen solches nach beschehner Enterbung.

Es liegt auch nichts daran, wann die Eltern im Testament ausdrucklich sagen, daß ihre drey unschuldige Söhn mit 3000. fl. müssen zufrieden seyn, dann es muß in des Testirers Gewalt nicht stehen, wider Innhalt der Gesatz die Noth-Gebühr denen unschuldigen Kindern zu minderen oder zu beschwehren. Es stehet ihnen also die Actio um Erfüllung der Noth-Gebühr auf 1000. fl. zu, welche dem undanckbaren Bruder durch die Enterbung benommen worden, und welche der Haupt-Erb zuruck stellen muß.

7. Das andere Exempel ist, wann man setzt, der Testirer habe 5. Kinder gehabt, vier getreue und unschuldige, aber einen undanckbaren Sohn, welcher deßwegen enterbt worden; Wann der fünffte nicht wäre enterbt worden, ist gewiß, daß die Noth-Gebühr in der Helffte bestanden wäre, das ist nach dem vorigen Exempel in 6000. fl. weilen jedoch vor besagter massen der Enterbte auch zu Vermehrung der denen Kindern zustehenden Noth-Gebühr mit eingezehlt wird in die Zahl der Kinder, deßwegen ist die Frag, daß in gegenwärthigen Exempel die vier unschuldige Söhn allein ein Drittel und also nicht 6000. fl. sonder allein 4000. fl. bekommen. Die Ursach ist gleich, weil die Enterbte weder einen Theil machen, noch zu einen Theil zugelassen, sonder für Verstorbene gehalten werden.

8. Eben dises ist zu sagen von denen unfähigen Söhnen, das ist, von jenen, welche entweders wegen eines Verbrechens oder wegen einer anderen Ursach, das ist, durch Eintrettung in ein Closter, so keine Güther besitzen kan, wie da seynd die Capuciner, Franciscaner, Theatiner ꝛc. zum erben unfähig seynd, weilen sie in die Zahl der Kinder nicht eingerechnet, noch einen Theil machen, noch zu einen Theil zulassen werden, und folglich der Brüdern und Schwesteren Noth-Gebühr weder mehren noch minderen können. Wann also vier Söhn verhanden seynd, deren einer ein Capuciner, deportirt, oder ins Elend verschickt, oder bannisirt worden, so empfangen die übrige drey das gantze Drittel, und in Gegenspiel, wann fünff Kinder verhanden gewesen, und einer aus ihnen unfähig worden, so bekommen auch die übrige vier mehr nicht als das Drittel für ihre Noth-Gebühr, wie wir kurtz zuvor von der Enterbung gesagt haben.

8. Was ist aber letztlich zu sagen, wann eines aus den Kindern seine Erbschaffts-Portion freywillig verworffen hat, muß wohl solches Kind zu Vermehr- oder Verminderung der Noth-Gebühr der Brüder und Schwestern unter die Kinder gezehlt werden? Und unser Art. antworter glathin, mit Nein, dann einen solchen, welcher freywillig seine Erbs-Portion verwirfft, der Art. einem Enterbten vergleicht, welcher vorbesagter massen weder zu Vermehr- noch Verminderung der

Aussteuer unter die Zahl der Kinder zugelassen wird. Es seynd doch zu der Sachen mehrerer Erleutherung einige Casus zu unterscheiden.

10. Der erste Casus ist, wann einer mehrere Kinder hat, und eines aus ihnen aus eignen Willen villeicht, weilen es sonsten reich ist, seine Portion verwirfft, alsdann ist gewiß, daß solche Portion denen übrigen Brüder zuwachset, L. qui repudiantis 17. in princ. & L. si ponas. 23. §. fin. ff. de inoff. test. Berlich. loc. cit. n. 36. Ant. Gomez. tom. 1. cap. 11. n. 22. in fin. und diser Casus hat gar keine Beschwehrnuß, weilen wir in Codice einen gantzen Titul haben, quando non petentium partes petentibus accrescant.

Der andere Casus ist, wann zwar allein die Kinder als Erben eingesetzt, aber mit Legaten, Fidei-Comissen, und anderen particular Vermächtnussen also beladen worden, daß eines lieber seine Erbs-Gebühr entrathen will, als sich mit Strittigkeiten und anderen Ungelegenheiten beladen; Alsdann ist ein Unterschied zu machen, ob dessen Portion zu Verminderung oder Vermehrung der Noth-Gebühr denen übrigen gereichen könne. Was den ersten Theil des Unterschieds betrifft, nemlich die Verminderung der Noth-Gebühr, vermeynen wir, daß die Verordnung unser Art. für die Kinder favorabl auszulegen seye, also daß, wann vier Kinder seynd, deren eines seine Erbs-Portion verschmäht, krafft unsers Art. nichts destoweniger die drey übrige Brüder die gantze Helffte prætendiren können, weil der Bruder, so seinen Theil verwirfft, für einen Enterbten gehalten wird, welcher keinen Theil haben, noch einen Theil machen kan, und weilen handgreifflich Rechtens ist, daß die Noth-Gebühr mit keiner Bürde beladen werden kan, so ist auf den Bruder, der seinen Theil verwirfft, keine Acht zu halten, sonder muß denen übrigen drey Brüdern, nach hindangesetzten allen Legaten, Fidei-Commissen, und andern Beschwerden, die gantze Helffte verbleiben, daß folglich solche Verwerffung allein zum Nutzen der übrigen Brüdern und Schwestern gereichet.

Wann man aber setzt, daß 5. Brüder oder Schwestern gewesen, (weil hier auf kein Geschlecht gesehen wird) deren einer oder eine die Erbs-Gebühr wegen denen ihme angehenden Particular-Beschwehrnuß verworffen hat, nun würd gefragt, ob der übrigen Brüder und Schwestern Noth-Gebühr von der Vätterlichen oder Mütterlichen Erbschafft die Helffte oder das Drittel seye? Berlich. loc. cit. conclus. 21. n. 57. Antwortet zu Favor der Mit-Brüdern und Schwestern mit Ja, und spricht ihnen in dem Fall, da ein Kind seinen Erbs-Theil verwirfft, die Helffte zu: Aber denen Rechten und unsern Art. nicht ähnlich, wie gar wohl anmercket unser Mutter Bruder D. Manz de testam. tit. 12. quæst. 4. n. 61. Aus Ursach, weilen, wie wir gesagt haben, ein Sohn oder Tochter, so ihren Erbs-Theil verwerffen thut, einem Enterbten gleich gehalten, und folglich für einen todten erachtet wird, also daß er weder einen Theil macht, noch einen Theil hat. Verbleibt also das blosse Drittel denen vier Brüdern, und die zwey übrige Drittel müssen zu Abführung der Legaten, Fidei-Commissen, und anderer Vermächtnussen angewendet werden. Und diß ist nach unsern Land-Rechten nur gar zugewiß, was immer ein Wißling dem gemeinen Recht nach hierüber disputiren will.

Der dritte Casus ist, wann die Kinder nicht allen und besonders, sonder auch mit ihnen fremde Erben glathin eingesetzt worden, eines aber aus denen eingesetzten Kindern die Erbschafft verwirfft, so wird gefragt, wem dessen Erbs-Portion zufalle? Und wir antworten, daß solche denen übrigen so wohl Kindern als Fremden glathin eingesetzten Erben zufalle, Krafft der allgemeinen schon zu vor allegirten Regul, daß der verwerffenden Portionen denen übrigen zufallen tot. tit. Cod. lib. 6. welches ohne Stritt ist.

Der vierte Casus hat eine grössere Beschwehrnuß, wan die Kinder nur in der Noth-Gebührnuß eingesetzt worden, und eines aus ihnen seine Noth-Gebühr verworffen hat, ob solche allein denen übrigen Kindern, das ist, denen Mit-Bruderen und Schwestern, oder zugleich auch denen mit eingesetzten fremden Erben zuwachse? Dann wann das Zuwachsungs-Recht denen Erben gemeinschäfftlich ist, so scheint nicht, daß solches denen fremden miteingesetzten Erben versagt werden könne. Dessen doch ohnerachtet, antwortet unsers Erachtens gantz recht das Widerspiehl D. Manz. loc. cit. n. 63. daß nemlich die von einem Sohn oder Tochter verworffene Portion allein denen Brüdern und Schwestern zuwachsete; Und es scheint, daß diß beyderseiths so wohl was den Testirer, als den verwerffenden Sohn oder Tochter betrifft, gegründet zu seyn, dann weilen wir præsupponiren, daß die Einsetzung des fremden Erben allein geschehen seye in einem Theil der Erbschafft, welche über die Noth-Gebühr verhanden ist, so kan ja er ihme in der Noth-Gebühr, welche eines aus den Kinderen ver-

verwirfft, kein Recht zueignen, noch weniger ist zu glauben, daß jener, welcher aus denen Kinderen seinen Noth-Gebührs-Theil verwirfft, dem fremden Erben eben so, wie seinen Brüdern und Schwestern
12. habe favorabl seyn wollen. Hernach, weilen auch das Jus accrescendi in der Noth-Gebühr Platz hat, Krafft des Text in L. sivè patronus 21. §. ex duobus 2. ff. de jure patron. wo, weilen das Jus accrescendi in der Noth-Gebühr des Patroni Platz hat, gantz recht Gottofredus den Schluß macht, daß eben diß auch Platz habe in der Kinder Noth-Gebühr. Gomez tom. 1. cap. 10. vers. 37. Endlich Krafft unsers Art. wird jener, der seine Noth-Gebühr verwirfft, wie wir gesagt haben, einem Enterbten gleich gehalten, aber des Enterbten Portion fallet denen übrigen Mit-Brudern oder Schwestern, und nicht dem Haupt-Erben zu, also auch die Portion des verwerffenden Bruders oder Schwesters; Zum Exempel einer hat 4. Kinder, denen ein Drittel von der gantzen in 12000. fl. bestehenden Erbschafft zur Noth-Gebühr gebührt, ein jedes aus denen vier Kinderen bekommt 1000. fl. wann nun eines, zwey, oder drey aus denen Kinderen seine Erbs-Portion verwirfft, gewiß solche Portionen fallen gewiß dem fremden Erben nicht zu, weil solche Verwerffung macht, daß dise Kinder unter die Zahl der Kinder, um die Noth-Gebühr zu vermehren, oder zu Verminderen nicht gezehlt werden, oder, wie die Rechts-Gelehrte reden, daß sie weder einen Theil machen, noch einen Theil bekommen, sonder für nicht verhandene Kinder gehalten werden, gleichwie nun, wann nur ein Sohn verhanden wäre, ihme ohne allen Zweyffel das gantze Drittel für seine Noth-Gebühr gebührt hätte, also auch stehet das gantze Drittel zu, wann dessen drey Brüder sich der Erbschafft freywillig begeben haben, welches gleichfalls von denen Enterbten zu sagen ist, also daß der Enterbten Portionen dem unschuldigen Bruder allein zufallen, welcher, wann auch die Brüder mit anstunden von vorbemelten 4000. fl. nur 1000. fl bekommen hätte, jetzt aber wegen der Verzicht der drey Brüder das gantze Drittel mit 4000. fl. erlangt.

13. Ein anderes wäre zu sagen, wann in vorgestelten Exempel vier Kinder in der blossen Noth-Gebühr nicht wären eingesetzt worden, sonder in einem grösseren Erbs-Theil zum Exempel in zwey Drittel, und der Fremde ihnen beygesetzte Mit-Erb in dem übrigen Drittel, alsdann, wann eines aus den vier Kinderen die Erbschafft verschmäht, fallete solcher verworffner Theil denen übrigen Brüdern nicht völlig zu, sonder zugleich auch dem fremden mit eingesetzten Erben nach Proporton seines Erb-Theils. Aus Ursach, weilen das vierte aus den Kinderen seine Erbs-Portion verworffen hat, nichts destoweniger denen übrigen drey Brüdern ihr Noth-Gebühr völlig verbleibt, dann zwey Drittel von 12000. fl. machen aus 8000. fl. und ein jeder aus den vier Brüdern bekomt Krafft des Testaments 2000. fl. obwohlen nun einer aus den Brüdern seine 2000. fl. verwirfft und nicht annimmt, so verbleiben doch denen übrigen Brüdern 6000. fl. wo doch ihr Noth-Gebühr nur 4000. fl. ausmachete. Müssen also 2000. fl. welche der Bruder verworffen hat, unter dem fremden mit eingesetzten Erben, und übrige drey Brüder nach Proportion eines jeden Erb-Theils abgetheilt werden, weilen sie Jure accrescendi erben, Krafft dessen eines jeden Erb-Theil in Betracht gezogen wird. Setze aber, daß drey Brüder aus vorgedachten in zwey Drittel eingesetzten Brüderen ihre Erbs-Theil verworffen haben, welche 6000. fl. ausmachen, gewiß dem vierten Bruder verbleibeten nur 2000. fl. welche seine Noth-Gebühr nicht ausmachen, weil solche ein Drittel ist, welches in vorgesteltem Exempel 4000. fl. auswirfft, dise also seynd vor allem dem Bruder zu ersetzen, und alsdann seynd der verwerffenden Brüder übrige Theil unter denen Mit-Erben zu vertheilen. Mit einem Wort, der vierte Bruder bekommt als eine Noth-Gebühr ein Drittel, und der fremde Erb des Testaments das ander Drittel: Seynd also untereinander in denen Erbs-Portionen gleich; das dritte Drittel bestehet in dem übrigen der verwerffenden Brüdern Portionen, welches unter beyden Erben zu gleichen Theilen zu vertheilen ist, das folglich jeder die Helffte der Erbschafft bekommt. Mehrere Exempel wird sich der geneigte Leser selbst machen, und aus der Rechnungs-Kunst auslesen können.

Jenes doch, welches für den 5. Casum zu mercken ist, ist wahr, daß, wann 14.
drey Brüder ihre Portionen ausdrucklich zu Favor der Brüder zu Erhaltung der Famili verworffen haben, alsdann das Jus accrescendi nicht Platz habe; Die Ursach ist an sich selbsten klar, weilen, wie wir oben gesagt haben, die vom Weiblichen Geschlecht zu Favor der Brüder zu Erhaltung der Famili geschehne Verzicht denen fremden mit eingesetzten Erben nichts nutzt.

Man

15. Man wird einwenden, es seye der 6. Casus zu setzen, in welchem der Testirer 5. Kinder hinterlassen hat, welche er in der Nothgebühr als Erben, in der übrigen Erbschafft aber einen Fremden eingesetzt hat. Nun wird gefragt, wann eines aus denen Kindern seine Erbs-Portion verwirfft, wem solche zufalle? Dann 5. Kinderen zwar zur Nothgebühr die halbe Erbschafft gebührt, wann aber eines aus den Kindern rechtmässig enterbt worden, so fallet dessen Portion denen unschuldigen Kindern zu Vermehrung der Nothgebühr nicht zu, wie wir oben gesagt haben, scheint also, daß eben dises auch von der Erbschaffts-Verwerffung zu sagen seye. Welches unser Mutter Bruder D. Manz. loc. cit. tit. 12. n. 63. frey bekennt. Aber fürwahr unsers Erachtens hat die Vergleichung unsers Art. unter den Kindern, welche die Erbschafft verwerffen, und welche enterbt worden, nicht Platz, und deßwegen sagen wir, daß, wann aus 5. Kindern eines sich seiner Portion glathin, und ohne Favor gegen die Brüder, da auch ein Fremder Mit-Erb verhanden, verzieht, von des 5ten Bruders verworffnen Portion mehr nicht als der dritte Theil seinen Brüderen zufalle, die andere zwey Theil dem mit eingesetzten Erben zugehen. Die Ursach ist klar, weilen durch die Verwerffung, oder Verzieht des 5ten Bruders die Nothgebühr der übrigen 4. Brüder nicht vermehrt wird, sonder sie mit dem blossen Drittel zufrieden seyn müssen, also die übrige zwey Drittel dem fremden eingesetzten Erben zugehen, und ist der Theil des 5ten Erbschafft verwerffenden Bruders wider in drey Theil zu vertheilen, deren zwey dem fremden Erben, und der Dritte denen in der Nothgebühr eingesetzten Brüdern zufallen. Gantz ein anders ist zu sagen von denen Enterbten; Dann wann man setzt, daß einer 5. Kinder gehabt, und 4. in der Nothgebühr eingesetzt, das 5te aber enterbt habe, so bekommen die in der Nothgebühr eingesetzte Kinder nur das Drittel, der fünffte Theil aber nemlich des rechtmässig enterbten Sohns kommt dem eingesetzten Erben lediglich nicht zu, er kan auch Jure accrescendi einen Theil nicht prætendire, weilen Krafft der Novell. 22. cap. si quis 21. c. quoniam 47. in princ. & cap. si verò filius. Der Enterbten Kinder Portionen aus sonderheitlichen Recht denen unschuldigen und danckbaren Kindern zufallen, welches unser Mutters Bruder umgangen zu haben anscheinet.

16. Unterdessen bekennen wir gern eben diß Rechtens zu seyn bey denen Unfähigen entweders wegen eines Verbrechens, oder Eintritt in ein Kloster, welches keine Güther besitzen kan, weil dise jenes Privilegium nicht haben, welches denen Enterbten zu gegeben worden, weil das Gesatz denen Kindern einen Antrieb hat geben wollen, damit sie wider die Eltern kein Enterbungs Ursach begehen sollen, weilen sie wissen müssen, daß sie ihnen durch ihr Verbrechen allein schaden, und nur ihren unschuldigen und wohl-verhaltenden Brüdern nutzen, welches billig und recht ist, absonderlich in jenem Casu, wann um das zu thun ist, damit nicht des verbrechenden Kinds Antheil des unschuldigen Antheil verminderte. Ein mehrers von diser Materi ist zu lesen bey Ant. de Rossell. in tract. de success. ab intest. n. 129. cum seq. Dise Materi ist verwirrt, aber so schwehr eben nicht, daß sie von jenem nicht kan begriffen werden, der etwas rechnen kan.

Der zehende Articul.

Wiewohl in gemeinen Rechten, was man einer Persohn, die allein in der Nothgebührnuß, oder Legitima eingesetzt ist, in dieselbige kænte, etwas weitläuffig versehen, und deßwegen nicht wohl alle Fäll mit Kürtze zu begreiffen, sonder solche bey Verordnung gemeiner Rechten zulassen. So haben doch diejenigen, welche der Rechten unerfahren, weil sich dise Fäll offt begeben, fürnemlich auf folgenden Unterricht acht zu geben. Nemlich wann der Testirer einer solchen Persohn, deren man die Nothgebührnuß schuldig, etwas im Testament von sein des Testirers Guth verordnet hat, welches solche Persohnen alsbalden nach Absterben des Testirers, ohne allen Verzug, Beschwärd, und Bürden bekommen kan, und nicht erst etwann auf künfftige Geding, oder Fall warten, oder ein Burd auf sich laden muß, solches alles wird von Rechtswegen in die Nothgebührnuß verrechnet. Ist aber

aber einer solchen Persohn etwas in Testament verordnet, mit Condition und Geding, daraus sie erst nach Absterben des Testirers, noch ein Zeit lang, biß etwas geschieht, oder nicht geschieht, warten muß, oder doch solche Geschäfft ein Beschwährd oder Burd auf sich hat, muß man in disem Fall der vorgemelten Persohn, ihr Nothgebührnuß alsbald von anderen des Testirers Gütheren hergeben, und da sich künfftig Condition-Geding, oder Fall, mit welchen derselben Persohn etwas im Testament verordnet worden, begibt, so bekommt sie dasselb zu seiner Zeit ebenfalls, wie auch das jenig, was ihr mit Bürden vermacht ist, unerachtet sie sonsten die Nothgebührnuß allbereit völlig bekommen. Wäre aber einer solchen Persohn etwas von dem Testirer in Lebs-Zeiten gegeben worden, so ist in Acht zu haben, ob dasselbe ihme aus Nothwendigkeit als zum Heurath-Guth, Aussteurung, oder zu einem Gebrauch ohne Schanckung, oder zu einer Schanckung, die erst nach des Testirers Tod kräfftig, oder Erwerbung eines nutzlichen Amts gegeben, oder wegen geleister Borgschafft, oder Erlösung von Straff, und Gefängnuß, für solche Persohn bezahlt worden. Dann in solchen und dergleichen Fällen würdet diß alles in die Nothgebührnuß eingerechnet. Dargegen würdet nicht eingerechnet, was einer solchen Persohn, dieselbig mit Pferd und Waffen in einen Krieg auszustaffiren, oder wegen Studirens an Büchern und andern, wieauch zu Erlangung eines Doctorats gegeben worden. Es wäre dann daß ein Vatter oder Mutter ein solches Kind für Schuldner gehalten, sonderlich da er befohlen, daß es solchen Unkosten ihme in die Nothgebührnuß soll einrechen lassen. Dann in solchem Fall würdet so vil in die Nothgebührnuß gerechnet, als vil auf ein Kind mehrers in der Frembd gewend worden, als da es zu Hauß gewesen wäre. Deßgleichen wird nicht eingerechnet, was der Testirer derselben Persohn, welche die Nothgebührnuß zu forderen hat, wegen sonderbarer Verdienst, die sie dem Testirer, oder einer anderen Persohn geleistet hat, oder sonsten solcher Gestalt, daß es noch bey Lebs-Zeiten des Testirers kräfftig gewesen, geschänckt hätte, vil weniger die tägliche Unterhaltung, nothwendige Kleider, und dergleichen Nothdurfft, welche derjenigen Persohn, deme der Testirer die Nothgebührnuß schuldig ist, also gegeben worden, daß sie es nicht behalten, vil weniger verkauffen, oder seinen Erben hinterlassen künten. Item auch ein rechtes altes Stamm-Lehen, und dann insgemein, was nicht von dem Testirer, sonder anderstwo herkommen.

Summaria.

1. Was die Kinder in die Nothgebühr einrechnen müssen? Item ein *Prælegat*?
2. Ob jenes, was ein Sohn in die Nothgebühr ein zurechnen pflegt, von der verstorbnen Eltern Vermögen gewesen seyn müsse, und zwar ohne *Condition* Bürde, und Beschwährde?
3. Ob auch jenes in die Nothgebühr zu verrechnen seye, das der Sohn nicht aus Gutthat des Vatters, sonder wegen des andern *Repudiation*, oder *Substitution &c.*
4. Ob jenes, was *ab intestato* muß *conferirt* werden, auch in die Nothgebühr zu verrechnen seye?
5. Ob ein Heurath-Guth, oder Aussteuer und die Widerlag in die Nothgebühr zu verrechnen seye?
6. Was ist aber Rechtens, wann das Heurath-Guth von der Mutter, Anherrn oder Ur-Anherrn herkommt?
7. Wann von denen Eltern einem oder dem andern aus den Kindern etwas zum Gebrauch gegeben worden, ob solches in die Nothgebühr verrechnet werde?
8. 15. 16. und 17. Ob die geschänckte Sachen in die Berechnung der Nothgebühr kommen, und wann die Schanckung zwischen dem Vatter und Kindern giltig seyen?
9. Ob die für die Kinder gemachte Unkösten, um selbe zu *promoviren*, so wohl in Geist- als weltlichen Stand in die Nothgebühr verrechnet werden können?
10. Item das Geld, so wegen Borgschafft für die Kinder ausgelegt worden?
11. Was Rechtens, wann der Vatter etwas für

den

den *condemnirten* Sohn bezahlt hat, damit er ihme von der Straff und Gefangenschafft erledige, ob solches in die Nothgebühr zu verrechnen seye?

12. Was in die Nothgebühr nicht verrechnet wird, wie ein Pferd und Waffen, so dem Sohn als Soldaten gegeben worden?

13. Item die *Studirens*-Kösten?

14. Was Rechtens, wann die *Studirens*- und Soldaten-Kösten so übermässig seynd, daß sie denen übrigen Kindern an der Nothgebühr schaden, oder vom Vatter ausgeschrieben worden, damit solche *conferirt*, und in die Nothgebühr verrechnet werden sollen?

18. Ob der tägliche Unterhalt an Speisen und Kleydern der Kinder in die Nothgebühr zu verrechnen seye?

19. Was Rechtens, wann der Vatter einem aus den Kindern in Speiß und Kleyderen mehrers und überflüssig zuschiebet, also daß solches den übrigen Kindern zum Schaden gereicht?

20. Ob fremde Güther, *item Primogenitur* oder *Majorat*-Güther in die Nothgebühr zu verrechnen seyen?

21. Ob die Auslagen für Erlangung der Weyhungen, oder welche der Vatter der in ein Kloster gehenden Tochter mitgibt, in die Nothgebühr zu verrechnen seyen?

Bißhero haben wir viles von der Quantität der Nothgebühr, und unter anderem gesagt, daß solche in jedwederer Sach könne hinterlassen werden, ja so gar in einem blossen Groschen, oder Heller, wann diß nur Erbsatzungs Weiß geschieht, weil denen Kindern allezeit um Erfüllung der Nothgebühr eine besondere Action übrig ist. Weilen aber zu Zeiten geschieht, daß zwar die Eltern ihre Kinder in der Nothgebühr als Erben einsetzen, dise doch auf andere Weeg und Weiß etwas von den Eltern bekommen, so
1. ist die Frag, ob und was hiervon in die Nothgebühr zu verrechnen seye? Und vor allem ist ein allgemeiner Unterschied zu machen, ob die Kinder von den Eltern etwas durch das Testament, oder andern letzten Willen, oder in Lebs-Zeiten geschenckter bekommen haben. Bekommen sie etwas Krafft eines Testamenss oder letzten Willen von der Eltern Vermögen, das müssen sie in die Nothgebühr verrechnen. L. omnimodò 30. & L. scimus 36. Cod. de inoff. test. Grass. §. Legitima. quæst. 20. n. 1. Welches also zu verstehen ist, daß solches entweders Erbsatzungs-Weiß, oder als ein Legat, oder Schanckung von Tods wegen oder sonsten vermacht worden; Wann nur der Sohn in einer geringen Sach als Erb eingesetzt worden; Dann wann er gäntzlich umgangen, oder ihme Erbsatzungs Weiß nichts vermacht worden, so zerfallet das Testament gäntzlich, und fallet die Erbschafft denen Erben ab intestato zu. Grass. loc. cit. n. 1. setze also, daß der Vatter eine Erbschafft von 12000. fl. hinterlassen, so gebühren dem Sohn für die Nothgebühr 4000. fl. der Vatter aber hat ihn mit 1000. fl. eingesetzt, und ihme einen Mit-Erben eine gantz fremde Persohn beygesellet, hernach aber in dem Testament dem Sohn als ein Prælegat sein 3000. fl. werthes Hauß vermacht. Gewiß der Sohn kan nicht mehr um Ersetzung der Nothgebühr klagen, weil er dises Prælegat in die Nothgebühr einrechnen muß. Ein anderes wäre es, wann der Sohn als durch ein blosses Legat sein gantze Nothgebührnuß, oder auch mehr bekommen hätte, bey der Erbs-Einsetzung aber umgangen worden wäre, alsdann wäre das Testament, was die Erbs-Einsetzung des fremden Erben betrifft, von Rechswegen nichtig, und fallete die Erbschafft denen Erben ab intestato zu, also daß der Sohn mit Ausschluß des eingesetzten fremden Erben die Vätterliche gantze Erbschafft ab intasteto bekommete.

2. Es wird doch erfordert, daß jenes, was der Sohn in die Nothgebühr verrechnen muß, von der verstorbnen Eltern Vermögen herkomme. L. scimus 36. vers. repletionem Cod. de inoff. test. Novell. de triente & semisse 18. cap. 1. Berlich. part. 3. conclus. 14. n. 1. Und daß solches er gleich nach dem Tod des Testirers ohne Verweilung, Bürde, Beschwärde, und Condition erhalte. Dann, wie unser Art. sagt, und D. Manz. in tract. de test. quæst. 39. n. 6. schier mit eben dergleichen Worten widerhollet, wann dem Sohn etwas unter zufälliger Condition vermacht worden, dessen Erfolg nach des Testirers Tod auf eine Zeit, biß etwas geschieht, oder nicht geschieht, zu erwarten ist, oder wann die Vermächtnuß eine Bürde oder Beschwärde auf sich hat, so muß in solchen Fall die Nothgebühr von anderen des Testirers Mittlen so gleich bezahlt, und nichts destoweniger muß auch nach erfolgter Condition, gleichwie auch jenes, was mit Bürde vermacht worden, præstirt werden: Ohnerachtet, daß sonsten er seine Nothgebühr schon erhalten hat. dict. L. scimus 36. §. cùm autem Cod. de inoff. test. Aus Ursach, weilen, wann der Vatter den Sohn in der Nothgebühr eingesetzt, und ihme etwas mit Conditiou, oder mit einer Bürde hinterlassen hat, nicht darfür gehalten werde, sein Will zu seyn, daß solche Vermächtnus in die Nothgebühr verrechnet werden soll, weil ein jeder weißt oder wissen soll, daß die Nothgebühr pur, ohne allen Verschub, ohne Bürde und Beschwärde abgeführt werden müsse. Es bekommt also der Sohn aus des Vatters præsupponirten Willen die gantze Nothgebühr von anderen freyen und un-

unbeschwärten Mittlen, und nichts desto weniger aus eben solch præsupponirten Vätterlichen Willen bekommt er auch das mit einer Bürde oder Condition Vermachte, wann seiner Zeit die Condition erfüllet ist.

3. Andertens wird erfordert zu deme, daß die im Testament beschehne Vermächtnuß in die Noth-Gebühr verrechnet werden müsse, daß die Vermächtnuß dem Sohn von Vatter zukomme. Aus seiner Gutthat, und nicht aus fremden Facto; Setze also, daß der Vatter zwey Söhn hinterlassen, welche er in der Legitima als Erben eingesetzt hat, deren jeder aus der Erbschafft von 12000. fl. für die Noth-Gebühr 2000. fl. bekommt, der Vatter aber, der den andern Sohn nicht so geliebt hat, beygesetzt hat, daß er allein mit 1000. fl. zu frieden seyn solle, hernach thut der ander Bruder, welcher die gantze Noth-Gebühr empfangen hat, seine Noth-Gebühr verwerffen, welche besagter massen dem Bruder zuwachßt. Dises Zuwachsen fürwahr ist auf keine Weiß dem anderen Sohn, in die Noth-Gebühr zu verrechnen, weil er solches nicht aus Gutthat des Vatters, sondern aus Willen des Bruders bekommt, der seine Portion nicht angenommen, sondern verworffen hat. In gleichem, wann der Vatter einen aus zwey Söhnen, denen für die Noth-Gebühr ein Drittel, das ist, 4000. fl. gebühren, allein in 1000. fl. als Erben, den anderen aber in den übrigen 3000. fl. eingesetzt, und ihnen einen fremden Erben beygesellet hat, doch mit der ausdrucklichen Condition, daß der erste Bruder dem andern vulgariter, oder pupillariter substituirt seyn soll, wann der andere Bruder vor verstirbt, so wird jenes, was aus solcher Substitution dem ersten Bruder zukommt, in die Noth-Gebühr nicht verrechnet, weilen solches mehrers ex casu, als aus Willen des Vatters dem ersten Sohn zufallt. dict. L. scimus. 36. vers. repletionem. & ibi Gottofredus. Grass. loc. cit. n. 3. Wo er mit dem D. Manz loc. cit. n. 8. die Ursach gibt, weilen die Noth-Gebühr dem Sohn aus des Vatters Willen, welcher nicht aus ungewisser fremder Begebenheit abhanget, und nicht von des Bruders Substanz, sondern vom Vätterlichen Vermögen gebührt: Jenes aber, was aus einer Substitution herkommt, das entspringt anderstwoher und nicht aus des Vatters Mittlen, und hanget ab von einer ungewissen Begebenheit. Eben eins ist, wann dem Vatter von einem dritten etwas vermacht worden, mit dem Beysatz, daß der Sohn in solchem substituirt seyn solle, dann auch dises ist der Sohn nicht schuldig in die Noth-Gebühr einzurechnen, weil er solches in der That nicht von des Vatters Substanz, noch aus des Vatters Willen, sondern aus fremden Vermögen und Willen bekommt. Idem Gottofredus loc. cit. litt. P. Ja, das noch verwunderlecher zu seyn scheinet, wann der Vatter dem anderen ein Legat mit der Bürde vermacht hat, daß er seinem Sohn ein gewisses Stuck Geld bezahlen solle, solches Geld ist nicht in die Noth-Gebühr einzurechnen; Aus Ursach, weilen, wie wir gesagt haben, zu Erfüllung der Noth-Gebühr zwey Stuck nothwendig erfordert werden, daß nemlich der Sohn solche aus dem Vätterlichen Vermögen, und aus seinen Willen und Befehl bekomme, also daß der Sohn solche also gleich nach des Vatters Tod ohne Verzug und Bürde haben kan, aber dise beyde Stuck gehen ab in gegenwärtigen Casu, dann der Sohn das Geld nicht aus des Vatters Substanz, sondern aus fremden Vermögen bekommt, und kan solches nicht gleich nach dem Tod haben, sondern muß erst warten, biß der ander das Legat annimmt, und nach dem Willen des Testirers das Geld bezahlt, die Abstattung der Noth-Gebühr aber muß all anderen Testamentlichen Verordnungen vorgehen; Disem ist gleich, wann man fragt, ob der Sohn in die Noth-Gebühr einrechnen müsse, wann der Vatter ihm eine gantz fremde Sach legirt hat? Und es wollen gemeiniglich die DD. daß, obwohlen der Erb verbunden ist, die legirte Sach zu lösen, oder, wann sie nicht feil ist, darfür den Werth zu zahlen, jedoch solches Legat in die Berechnung der Legitimæ nicht komme, weil solches nicht von des Vatters Substanz ist. Aber dise letztere 2. Puncten kommen uns gar zu hart und streng vor, und seynd, wie man redet, de apicibus Juris. Dann hat nicht der Haupt-Erb das Geld, welches er zu Auslössung der fremd legirten Sach ausgelegt hat, um solche Sach dem Legatario zu geben, aus der Erbschafft hernemmen können, also daß wahrhafft gesagt werden kan, daß solches, wo nicht formaliter, doch wenigist virtualiter von des Vatters Substanz seye? Wie auch gantz wohl erkennet Grass. loc. cit. n. 4. Unsere Land-Recht verwerffen dergleichen Spitzfindigkeiten, und wir zweifflen gar nicht, daß nicht, wann sich ein solcher Casus zutragete, solch gegebne Sachen in die Noth-Gebühr verrechnet werden müßten.

Nun schreitten wir zu dem anderen Theil obigen Unterschieds, wann einem Sohn unter Lebendigen etwas gegeben worden: Es machen zwar die Rechts-Gelehrte gemeiniglich dise Regul, daß schier alles in die Noth-Gebühr müsse verrechnet werden, was man bey der Erbs-Nemmung ab intestato beytragen und einwerffen muß, wie wir bey dem 14. Art. dises Tituls sehen werden. Weilen jedoch diß überhaupts in allen Fällen nicht wahr ist, sondern vilmehr das Widerspiel Platz findet, das ist, daß jenes, was in die Noth-Gebühr zu verrechnen ist, auch in die Collation gezogen werden kan, so steiffen wir uns auf dise Regul nicht, sondern schreitten weiter und

5. Fragen 1. Ob jenes, was der Sohn von denen Eltern in Lebs-Zeiten als eine Widerlag, und die Tochter für ein Heyrath-Guth, und Aussteuer bekommt, in die Noth-Gebühr eingerechnet werden müsse? Und wir antworten mit Ja, Krafft des Text in L. quoniam 29. Cod. de inoff. test. wo der Kayser Zeno sagt, daß, gleichwie die Widerlag, so dem Sohn zum heyrathen gegeben wird, zur Gleichnuß des Heyrath-Guths nach der Constitution des Kayser Leonis conferirt werden muß, also muß sie auch in die Noth-Gebühr verrechnet werden, welches unser Art. bestättiget, dann obwohlen er von der Widerlag nichts sagt, sondern allein von dem Heyrath-Guth oder Aussteurung redet, so muß doch, weilen das Heyrath-Guth und Widerlag gleichen Schritt gehen, eben jedens, was wegen dem Heyrath-Guth verordnet wird, auch wegen der Widerlag verordnet worden zu seyn, verstanden werden. Und diß wird in so weit erstreckt, daß, wann der Vatter, nachdem er der Tochter das Heyrath-Guth, oder dem Sohn die Widerlag gegeben hat, ein Testament macht, und den Sohn oder Tochter glathin in der Noth-Gebühr einsetzt, noch von Einrechnung des Heyrath-Guths oder der Widerlag etwas sagt, doch beydes in die Berechnung gezogen werden müsse. Grass. §. legitima. quæst. 43. n. 5. Aus Ursach, weilen im Zweifel darfür gehalten wird, daß sich einer richte nach Verordnung des gemeinen Rechts, Manz. loc. cit. tit. 12. quæst. 42. Welches doch andere allein in jenem Casu wahr zu seyn sagen, wann der Sohn oder Tochter glathin in der Noth-Gebühr, ein anderer aber aus den Kindern als Haupt-Erb eingesetzt worden. Dann wann ein Fremder als Haupt-Erb eingesetzt worden wäre, halten sie glaubwürdig darfür, daß der Sohn oder Tochter die völlige Noth-Gebühr ohne Einrechnung des Heyrath-Guths oder Widerlag begehren könne, und zwar aus præsupponirten Vätterlichen Willen, welcher allzeit geneigter und favorabler gegen den Sohn oder Tochter, als gegen eignes Blut ist, als gegen einen fremden Erben.

6. Und dises, was von Einrechnung des Heyrath-Guths, oder Widerlag in die Noth-Gebühr gesagt worden, hat nicht allein Platz, wann die Eltern das Heyrath-Guth, oder Widerlagen geben, sondern auch, wann solches dem An-Herrn oder An-Frau obliegt, wann die Eltern villeicht zu fruhe gestorben seynd, ja auch denen weitern Vor-Eltern, wann sich ein solcher Casus zutragete, daß zum Exempel dem Ur-An-Herrn, nachdem der An-Herr und Vatter vor verstorben, das Aussteuern des Ur-Enckels betreffete. Aus Ursach, weil in solchen Fall der Ur-An-Herr schuldig wäre, das Ur-Enckel als Erben einzusetzen, und demselben die Noth-Gebühr zu verlassen. Wann nun der Ur-An-Herr im Leben das Heyrath-Guth gegeben hat, so muß dise gantz billig in die Noth-Gebühr verrechnet werden; Ja, wann man setzt der An-Herr habe seiner Tochter ein Standmässiges Heyrath-Guth gegeben, welche mit Hinterlassung eines Töchterlein und respective Enckle verstorben, so kan der An-Herr das seiner Tochter gegebne Heyrath-Guth in seinem Testament, so er nach des Sohns Tod errichtet hat, in die Noth-Gebühr dem Enckle verrechnen, wann selbes Jure repræsentationis erbt, weil sie alsdann in die Stell der Mutter eintritt, gleichwie nun die Mutter, wann sie gelebt hätte, hätte leyden müssen, daß ihr das Heyrath-Guth an der Noth-Gebühr abgezogen werde, also auch muß das Enckle solchen Abzug leyden, weil es in der Mütterlichen Persohn erbet. Ein anderes ist, wann das Enckle aus eigner Persohn zur Erbschafft des An-Herrn gelangt; Dann solchen Falls gebührt ihr vom An-Herrn die unabgebrochne Noth-Gebühr, und kan ihme der Mutter Heyrath-Guth nicht abgerechnet werden, weil es die Noth-Gebühr nicht aus der Persohn der Mutter, sondern aus eignen Recht begehrt. Gribald. comm. opin. litt. L. vers. legitima n. 18. Wo er sagt, daß das der Tochter gegebne Heyrath-Guth, so sie mit vollständigen Recht erlangt hat, in die Noth-Gebühr, welche denen Encklen zu geben der An-Herr verbunden ist, nicht eingerechnet werde, aus Ursach, weilen solches von der Mutter auf die Kinder kommt,

kommt, als ein Mütterlicher Erb, die Noth-Gebühr aber muß der An-Herr aus eignen Mittlen denen Encklen entrichten, und nicht aus den Mütterlichen Mittlen, welche die Encklen als ein Erb-Guth erhalten, obwohlen andere dißfalls anstehen, absonderlich wann das der Mutter gegebne Heyrath-Guth, so vom An-Herrn herstammet, noch verhanden ist, und in die Händ der Encklen kommt. vid. Grass. dict. quæst. 23. n. 6. & 7. Wo er mehrere Unterschied macht. Manz. loc. cit. quæst. 42. n. 5. & seq. Welche uns genug seynd, damit nicht, wie uns widerfahren, wider alles Vermuthen dises Werck gar zu groß anwachse. Der mehrers vom Heyrath-Guth, und Widerlag lesen will, welche der Vätterliche oder Mütterliche An-Herr oder An-Frau ja der Ur-An-Herr oder Ur-An-Frau denen Encklen oder Ur-Encklen, ja die Brüder und Schwestern einander geben, wann sie nemlich ein Noth-Gebühr zu geben schuldig seynd, der lese Ant. Gabr. lib. 3. de Jure dot. conclus. 5. Menoch. lib. 3. præsumpt. 17. Grass. dict. quæst. 23. & seq. Covar. ad C. Raynaldus §. 2. Nicol. vigel. method. jur. contr. lib. 4. cap. 8. reg. 24.

7. Jetzt fragen wir 2. aus unsern Art. wann etwas von den Eltern einem oder dem anderen Kind zum Gebrauch gegeben worden, ob solches in die Noth-Gebühr einzurechnen seye? Dann es pflegen die Eltern denen Kindern, wann sie ausgeheyrathet, oder im Geistlichen Stand accomodirt werden, vile Mobilien, und brauchbare Sachen, ja zu Zeiten auch ligende Güther zur Nutz-Niessung zu überlassen, welche, gleichwie von Rechts wegen conferirt, also auch in die Noth-Gebühr verrechnet werden müssen, ja diß ist keine rechte Verrechnung, wann aber die übrige Brüder und Mit-Erben nicht zu frieden, daß der Bruder oder Schwester, welcher solche Sachen im Gebrauch gehabt, in die Noth-Gebühr verrechne, so muß er solche zur Erbschaffts-Massam conferiren, und also eine Abtheilnng nach Inhalt des letzten Willen geschehen, oder in Ermanglung dessen nach denen Rechts-Reguln, von welchen wir in nachfolgenden handlen werden. Der Articul setzt bey, was einer zum Gebrauch gehabt hat ohne Schanckung.

8. Nun wird 3. gefragt, ob auch die geschenckte Sachen in die Noth-Gebühr verrechnet werden müssen? Und wir antworten, es seye ein Unterschied zu machen unter den Schanckungen, welche unter Lebenden geschehen, und welche von Tods wegen gemacht werden. Von denen Schanckungen unter Lebendigen wird die Red bald nachkommen, wegen den Schanckungen von Tods wegen ist die Sach ausser allen Zweiffel, daß sie in die Noth-Gebühr müssen verrechnet werden, aus Ursach dessen, was wir bey dem ersten Theil dises Art. gesagt haben, dann die Schanckung von Tods wegen ist ein letzter Will, was aber denen Kindern aus einem letzten Willen zufallet, das muß in die Noth-Gebühr verrechnet werden. Es wird zwar offt disputirt, ob dise oder jene Schanckung unter Lebendigen, oder von Tods wegen geschehen seye, aber, gleichwie schon oben bey dem 19. Art. 1. Tit. der Land-Recht wir gesagt haben, daß jene Verordnung die Krafft eines letzten Willens haben, deren Würckung nach des Disponirers Tod verschoben wird, thut eben diß auch unser Articul für eine Schanckung von Tods wegen halten, was seine Würckung erst nach dem Tod des Testirers erhaltet, die erst nach des Testirers Tod krafftig wird.

Wir fragen 4. Ob die Auslagen, welche die Eltern zu Accommodirung der Kinder sowohl im Weltlichen als Geistlichen Stand machen, in die Noth-Gebühr verrechnet werden müssen? oder nicht? Und unser Art. antwortet, Ja, sie müssen verrechnet werden, eben dise Frag stellt auch Grass. §. legitima. quæst. 26. Ob das aus Vätterlichen Geld für den Sohn erkauffte Amt, ihme in die Noth-Gebühr gerrechnet werde? Und er macht einen Unterschied, ob solches Amt denen Erben zufallen könne oder nicht? In dem ersten Fall sagt er, daß das Geld müsse in die Noth-Gebühr verrechnet werden, in dem anderen Casu aber nicht, und macht hieraus den Schluß, daß, weilen ein Geistliches Beneficium weder verkaufft, noch auf die Freund überlassen werden kan, das zu Erwerbung solchen Beneficii ausgelegt Geld in die Noth-Gebühr nicht verrechnet werden könne. Welches wann wahr ist, so müssen wir auch nothwendig bekennen, daß auch das von denen Eltern zu Erhaltung eines Weltlichen Amts ausgelegte Geld in die Noth-Gebühr nicht zu verrechnen seye, weil unsere Aemter weder feil noch erblich seynd, wie in anderen Länderen. Weilen aber unser Art. mit ausdrucklichen Worten sagt, daß die Auslagen, welche die Eltern zu Erhaltung eines Amts in die Noth-Gebühr verrechnet werden müssen, so hat in unsern Vatterland des Grassi Meynung nicht Platz; Mercke doch die Wort un- 9.

sers

sers Art. zu Erwerbung eines nutzlichen Amts. Aus welchem erhellet, daß, wann der Eltern Geld villmehr zu einem Ehren als nutzlichen Amt verwendet worden, alsdann solches Geld in die Noth-Gebühr nicht zu verrechnen seye, obwohlen die Ehren-Aemter selten ohne Nutzen, und meistens die grössere Aemter auch fetter seynd. Und weilen unser Articul auf solche Qualität des Amts nicht sieht, daß es erblich seye, oder verkaufft werden könne, sondern allein, daß es erträglich seye, so sagen wir, daß auch das zu Erlangung eines Geistlichen Beneficii, oder Weltlichen Amts ausgelegte Geld in die Noth-Gebühr verrechnet werden müsse, weilen die Beneficien mehrern Theil nutzlicher und erträglicher als die Weltliche Aemter seynd. Ja heut zu Tag wird fast aller Orten zugelassen, daß die Geistliche ihre Beneficia wo nicht verkauffen, wenigist gegen Ersetzung ihrer Auslagen abtretten können. Wann nun ein solcher Sohn der Eltern Geld empfangt, wer wird zweifflen, daß solches nicht in die Noth-Gebühr verrechnet werden müsse, damit nicht sonsten ein solcher Handler besser als andere Kinder seye, und sein Noth-Gebühr zweyfach erhasche.

10. Die 5. Frag ist wegen jenen Geld, welches die Eltern wegen Borgschafft für die Kinder auslegen. Dises Exempel ist täglich, dann da die Eltern ihre Kinder zu Aemter bringen, ist nothwendig, daß sie für selbe Bürgschafft leisten, oder jenes Geld, welches jetzt anstatt der Caution von jedem Beamten baars erlegt werden muß, hergeben. Wann nun der Vatter für den Sohn Bürgschafft leistet, oder das Geld, so anstatt der Caution ist, hinterlegt, so scheint nicht, daß er solches umsonst oder Schanckungs-Weiß thue, sondern daß selbes in die Noth-Gebühr verrechnet werde, wann wegen des Sohns schlechter Haußhaltung und Administration das Geld zu Grund gehet. Diß hat auch in jedwederer anderen Bürgschafft Platz, Krafft welcher der Vatter, wann der Sohn nicht bezahlen kan, bezahlen muß. Grass. §. legitima. quæst. 30. n. 1. Wo er sagt, wann der Vatter für den Sohn etwas freywillig und aus purer Freygebigkeit bezahlt, daß das bezahlte nicht in die Noth-Gebühr eingerechnet werde, wann aber der Vatter aus Noth bezahlt hat, villeicht, weilen er für den Sohn cavirt hat, so muß die Bezahlung an der Noth-Gebühr abgerechnet werden, weilen bey Nothwendigkeiten niemand freygebig ist, und der Wider-Willen bezahlen muß, der scheint nicht an geschenckt zu haben. L. rem alienam 18. ff. de adim. leg. Manz loc. cit.

Die 6. Frag ist, ob die Einrechnung in die Noth-Gebühr Platz habe, wann der Vatter etwas für den condemnirten Sohn bezahlt hat, damit er ihn von der Straff und Gefangenschafft erledigte? Dann obschon anscheint, daß er solches aus purer Freygebigkeit thue, weil die Regul bekannt ist, daß der Vatter weder in Contracten, noch Delicten für den Sohn, noch der Sohn für den Vatter gehalten, so wollen doch andere glaubwürdig genug, daß auch jenes, was der Vatter aus Mitleyden und Barmhertzigkeit bezahlt, in die Noth-Gebühr zu verrechnen seye, dann er scheint genugsam gezwungen zu seyn jener, der aus Vätterlicher Barmhertzigkeit gezwungen wird, den Sohn aus dem Qual der Gefangenschafft, und anderen der Glaubiger Gerichtliche Verfolgungen zu erledigen, welches noch vilmehr wahr ist, wann an einem Ort ein Statutum oder Gewohnheit ist, daß der Vatter für den Sohn biß auf die Noth-Gebühr gehalten seye. Grass. loc. cit. n. 3 Manz. loc. cit. n. 42. & 43. Und also ist das Wort unsers Art. aus Nothwendigkeit zu verstehen, daß nemlich er darfür gehalten werde, diß auch aus Nothwendigkeit zu thun, was er aus Ehrlichkeit um alle Schmach zu verhüten thut, weil wir bey dem 3. Art. vorgehenden Tituls gesagt haben, daß, wann der Vatter den Sohn aus der Gefängnuß nicht befreyete, er enterbt werden könnte. Wer soll also zweifflen, daß nicht jenes Geld, welches er zu Erlösung des eingelegten Sohns ausgelegt hat, als ein zur Nothdurfft ausgezahltes Geld ihme in die Noth-Gebühr verrechnen könne? 11.

Nach disem fahrt unser Art. fort weiters zu erzehlen, was in die Noth-Gebühr nicht verrechnet werden kan. Und vor allem sagt er, daß in die Noth-Gebühr nicht zu verrechnen seyn die Waffen und Pferd, welche dem in Krieg ziehenden Sohn vom Vatter zur Ausrüstung gegeben worden. Aus Ursach, weilen der Vatter dem Sohn geben muß, was zu seinem Leben nöthig ist, aber zu des Sohns Soldaten-Leben seynd die Waffen und Pferd nöthig, also muß solche Sachen der Vatter aus Schuldigkeit hergeben, und deßwegen können solche an der Noth-Gebühr nicht abgerechnet werden. Wie gemeiniglich gesagt wird, daß die Soldaten-Rüstung dem Peculio castrensi zugezehlt werde, und also unter die Collation nicht zu ziehen seyn. L. 3. & 4. ff. de castr. pecul. 12.

 L.

L. si filiusf. 4. Cod. famil. hercis. Wann also solche Sachen nicht conferirt werden darffen, so können sie auch an der Noth-Gebühr nicht abgezogen werden, weil das Argument von der Collation auf die Noth-Gebührs Verrechnung gantz recht gehet, nicht aber hingegen, wie oben erinnert worden.

13. Andertens werden denen Waffen, und der Ausrüstung zum Krieg verglichen die Studier-Kösten für die Bücher, und andere Ausrüstung, und die zu Erhaltung des Doctorats nöthige Kösten. Grass. §. legitima quæst. 28. macht hier vile Unterschied, ob der Vatter dem Sohn die Bücher geschenckt, oder nur glathin gegeben, oder ob er solche einem emancipirten, oder noch in Vätterlichen Gewalt stehenden Sohn geschenckt habe, oder ob solche Schanckun von erhaltnen Grad des Doctorats oder Licentiats geschehen, oder ob der Sohn die Bücher in Leben des Vatters, oder erst nach des Vatters Tod empfangen habe? Weil aber die Vergleichung unter der Ausrüstung zum Soldaten-oder Schul-Weesen gantz gleich ist, auch dißfalls von denen Waffen und Ausrüstung zum Krieg, welche als eine Schanckung, oder glatte Darreichung vor oder nach dem Tod der Eltern, vor oder nach erhaltner Standarte geschehen seyn, kein Wort gemeldet wird, dißwegen unsers Erachtens sich dise Unterschied hiehero nicht schicken. Was von der glatten Einantwortung, welche der Vatter im Leben dem Sohn gethan hat, zu sagen seye, werden wir gleich sehen, welches auf die Schanckung Studirens halber nicht zu appliciren ist, gleichwie wir auch gern zulassen, daß die Pferd und Waffen, welche der Vatter seinen Sohn im Burgerlichen Leben, oder ein Bauer seinem Bauern-Sohn mit der Handwercks-oder Bauern-Rüstung gantz recht in die Noth-Gebühr verrechnet werden. Es laßt also weit besser D. Manz. dem gemeinen und unsern Land-Recht nach ohne überflüssige Unterschied die Kriegs und Studierens-Kösten zu.

14. Doch eine eintzige oder villeicht zweyfache Ausnahm ist, daß die zur Miliz, und Studiren verwendte Kösten in die Noth-Gebühr verrechnet werden können. Die erste ist, wann die Eltern dergleichen Kinder für Schuldner gehalten haben, und deßwegen eine ordentliche Verordnung gemacht, daß die zum Soldaten-Weesen oder Studiren verwendte Kösten in die Noth-Gebühr verrechnen werden sollten. Dann solchen Falls ist klar, daß dergleichen Kösten mehrers auf Credit als Schanckungs-Weiß gemacht worden. Diß doch thut unser Art. also milderen, daß nur jene zum studiren gegebne Kösten in Verrechnung der Noth-Gebühr gezogen werden müssen, welche mehr ausmachen, als wann der Sohn zu Hauß beym Vatter verblieben wäre, welche Exception zwar gantz recht ist, hat aber, wie uns nicht unbekannt ist, vile Beschwernussen nach sich gezogen, weilen die Studir-Kösten von denen übrigen Mit-Brüdern und Schwestern meistens gar zu hoch gespannt wurden, ist also sehr nothwendig, daß die Eltern selbsten einen Conto machen, was unter deren Nahmen an der Noth-Gebühr zu verrechnen oder zu conferiren seye. Und obwohlen unser Art. allein von Kösten der Studenten redet, so ist doch nichts destoweniger eben diß von den Soldaten-Kösten zu sagen, weil solch beyde Privilegien das castrense und quasi castrense gleich gestellt seynd. Ein mehrers von diser Materi ist zu finden bey Brunner. in tract. de collat. bon cap. 4. n. 57. cum seq. und bey Schneidewin. §. quodam. rubr. de act. fam. hercis. n. 45. Inst. de act. Die andere Exception muß unsers Erachtens seyn, wann die Eltern gleichsam all ihr Vermögen an ein oder anders Kind, um selbes in Kriegs oder durch Studiren zu promoviren, anhencken, und denen übrigen Kindern Söhn oder Töchtern an der Noth Gebühr schaden, dann daß nicht die Vernunfft selbsten einrathe, daß ein solcher durch der Eltern übermässige Hülff zum höhern Glück gelangte seinen Mit-Brüdern und Schwestern, wo nicht mehr wenigist zu Ersetzung der Noth-Gebühr gehalten seye, wird niemand widersprechen, ausser ein geitziger Jud Apella. Ich weiß, daß dergleichen Stritt öffters entstanden, wobey die Hartnäckigkeit der Brüder nicht genugsam hab bewunderen können, welche unter dem Nahmen der privilegirten Studir-Kösten ihre Brüder und Schwestern in die Armuth bringen wollen, wo doch sie zu Würden erhebt Mittel genug gehabt, und die Geschwisterte am Hunger-Tuch haben nagen lassen.

15. Drittens ist sonderheitlich zu untersuchen, welcher Gestalten und in wie weit jenes, was die Kinder von ihren Eltern im Leben geschenckter bekommen, müsse in die Noth-Gebühr verrechnet werden? Erstlich ist gewiß, daß, wann der Vatter einem Kind wegen besonderen Verdiensten, so ihme oder dem anderen præstirt worden, etwas geschenckt hat, das Geschenckte nicht in die Noth-Gebühr zu verrechnen seye. Aus Ursach, weilen solche Schanckung eine Gegen-Erkantlichkeit, oder Gegen-Schuldigkeit gleichsam ist, und jenes,

jenes, was geschenckt worden, darfür gehalten wird eine Schuld zu seyn, welches doch Grass. §. legitima. quæst. 22. n. 9. & 10. zweysach einschränckt. Erstlich wann nur die Verdienst erwiesen werden, weilen, wann des Vatters blosse Bekantnuß genug wäre, leichtlich denen übrigen Kindern ein Betrug geschehen könte. Glossa in L. si donatione. Cod. de collat. Francisc. Vivius §. donatio facta n. 5. Manz. loc. cit. quæst. 41. n. 19. Andertens, daß die geschenckte Sach die Verdienst nicht übersteige. dict. L. si donatione. & Glossa ibidem in vers. postulas. Cod. de collat. Eben aus der Ursach, weilen durch eine übermässige Schanckung die übrige Kinder gar zu sehr gefährt wurden. Grass. lot. cit. n. 10. Manz. loc. cit. n. 20. Welch beyde Einschranckungen, obwohlen sie in unsern Art. nicht enthalten, doch der Vernunfft gemäß seynd.

16. Was andertens die übrige glatte Schanckungen betrifft, ist ein Unterschied zu machen, ob die vom Vatter dem Sohn beschehne Schanckung schon alsdann giltig gewesen, oder ob sie erst durch des Vatters Tod hat giltig gemacht werden müssen? L. si quando 35. §. & generaliter Cod. de inoff. testam Grass. loc. cit. quæst. 22. n. 4. Covar. in cap. Raynaldus §. 2. n. 6. sed. Vasq. de success. creata §. 30. n. 253. Wann der Vatter im Leben dem Sohn etwas giltig geschenckt hat, scheint er habe wollen, daß solches der Sohn zum voraus habe, und aus purer Freygebigkeit des Vatters empfange, Dann sonsten wäre es keine Freygebigkeit, wann solches in die Noth-Gebühr verrechnet werden müßte. Manz. loc. cit. n. 11. Welches Platz findet, wann schon unter den Brüdern eine Ungleichheit entstunde. Grass. dict. loc. n. 5. & Manz. n. 12. Aus Ursach, weil der Vatter sonsten unter den Kindern eine Gleichheit zu halten nicht verbunden ist, wann nur die Kinder an der Noth-Gebühr nicht beschwärt werden. Manz. loc. cit. n. 12. Die Ursach des anderen Theils des Unterschieds ist, weil die Schanckung, welche zu Anfang nicht gegolten hat, sondern erst durch des Vatters Tod bestättiget wird, giltig ist als ein Legat, oder letzter Will, es ist aber schon oben gesagt worden, daß jenes, was die Kinder aus der Eltern letzten Willen zufallet, in die Noth-Gebühr verrechnet werden müsse.

17. Wann man fragt, wann die Schanckungen zwischen Vatter uns Kindern giltig seyn? Muß man sich zu den 3. Titul vom Vätterlichen Gewalt wenden, wo wir bey dem 1. Art. gesagt haben, daß dessen Würckung seye, daß die Schanckung, welcher unter Vatter und Sohn gemacht wird, von Rechts wegen nichtig seye, wann sie nicht durch des Vatters Tod bestättiget wird. Die Schanckung aber, welche unter dem Vatter und Sohn wegen guten Verdiensten des Sohns gemacht worden, ist doch ohneracht des Vätterlichen Gewalts in der That giltig, und darff in die Noth-Gebühr nicht verrechnet werden. Grass. loc. cit. n. 8. & Vasq. loc. cit. §. 30. n. 256. Weilen solche Schanckung nicht eine glate Schanckung kan genennt werden, sondern eine Erkantlichkeit. Hernach, wann der Vatter dem Sohn in Lebs-Zeiten etwas geschenckt, und sothane Schanckung eydlich beståttiget hat, so ist solche gleich anfänglich giltig, und hat nicht nöthig, daß solche durch des Vatters Tod bestättiget werde. Grass. loc. cit. n. 11. Wo er mehrere citirt, wann aber die Schanckung anfänglich giltig ist, so ist sie in die Noth-Gebühr nicht einzurechnen, wann nicht sie, welches eine General-Exception über die Regul von giltigen Schanckungen der Eltern ist, ausdrucklich bedungen haben, daß die Schanckung in die Noth-Gebühr verrechnet werden müsse. Aus Ursach, dann von darum ist die Schanckung nicht einzurechnen, weilen, wie wir gesagt haben, præsummirt wird des Vatters Willen zu seyn, gegen den Sohn sich freygebig zu bezeugen; Es weicht aber die Præsumption, wann die widrige Wahrheit bekannt ist. Grass. & Manz. loc. cit.

Viertens, wird der tägliche Unterhalt und Kleydungen in die Noth-Gebühr nicht verrechnet, L. unica §. 2. Cod. de contract. L. legatum. ff. de cap. diminut. Aus Ursach, weil der Vatter solchen Unterhalt, und Kleydungen aus einer anderen natürlichen Ursach beyschaffen muß, und weil dise Ursach denen Kindern gemeinschäfftlich ist, weil alle die Nahrung und Kleyder nöthig haben, deßwegen werden dise Schuldigkeiten unter ihnen compensirt, und aufgehoben; Es hindert auch nichts, daß villeicht ein oder anderes aus den Kindern in Kleydern und der Kost grössere Auslagen braucht, weil diß zufällig ist, und also in die Verrechnung der Noth-Gebühr nicht kommt, damit nicht unter den Kindern beständige Stritt-Händel sich ergeben, wann die Berechnung von Haller zu Haller geschehete. 18.

Fünfftens, ist ein anderes, wann der Vatter einem Kind zur Kost oder Kleydung mehrers gibt, so es nicht nöthig hat, und den Uberfluß veräussert, und ihme einen Profit macht, dann solcher Excess ist nicht zu übertragen, welcher zum Schaden der übrigen Kinder gereicht, es scheint auch nicht des Vatters Willen zu seyn, 19.

daß

daß er für Kost und Kleyder zum Uberfluß und Profit denen Kindern etwas unter dem Vorwand nöthiger Kleyder und Unterhaltung anwendete, und denen übrigen Kindern solches entziehen wolle, welches aus unsers Art. contraren Verstand geschlossen wird, welcher generaliter verordnet, daß all jenes in die Berechnung nicht komme, was denen Kindern von den Eltern mit der Arth gegeben wird, daß sie aus solchem keinen Gewinn haben, oder vom Uberrest etwas auf die Nachkömmling überschoben werden kan. Wann also das Widerspiel geschieht, und die Eltern unter dem Vorwand nöthigen Unterhalts zu Abkürtzung der übrigen Kindern Noth-Gebühr auf ein oder anderes Kind mehrers verwenden, vilmehr, damit sie sich bereichen, als daß sie nicht Noth leyden, solche Partialität verdient keine Entschuldigung. Mehrers werden wir unten bey denen Collationen sehen.

20. Letztlichen werden fremde Güther, welche eines aus den Kindern auch aus Milde der Eltern erlangen, in die Noth-Gebühr nicht verrechnet; Aus Ursach, weilen die Noth-Gebühr denen Kindern aus der Eltern Güther und nicht aus fremden Güthern gebührt. Was immer nun aus Milde der Eltern ein oder anderem Kind zugehet, das ist ein Frucht des Glücks, und haben die andere Kinder daran keinen Theil. Eben dises ist zu sagen von den Güthern erster Geburt oder primogeniturae, oder Majorat-Güthern, weilen solche nicht von den Eltern, sondern von der Vor-Eltern besonderer Vorsehung erhalten werden. Eben diß ist zu sagen von alten Vätterlichen Lehen, wie wir an seinem Ort in unsern Enchyridion von Lehen sehen werden, weil die Schuldigkeit die Kinder in die Noth-Gebühr gleich zu halten dergleichen fremde Obligationen nicht aufhebt.

21. Zuvor haben wir gesagt, das Studir-Kösten, wie die Soldaten-Kösten in die Noth-Gebühr nicht verrechnet werden. Was ist aber zu sagen, von Geistlichen Auslagen? Und wir antworten, daß, wann der Vatter zu Erlangung eines Beneficii oder Geistlichen Praebend, oder zu Erhaltung der heiligen Weyhungen etwas für den Sohn ausgelegt hat, solches in die Noth-Gebühr nicht zu verrechnen seye, Grass. §. legitima. quaest. 26. Manz. loc. cit. n. 6. Aus Ursach, weil solche Auslagen ein Peculium quasi castrense werden, das Peculium castrense aber ist in die Noth-Gebühr nicht zu verrechnen, als auch das Peculium quasi castrense nicht.

Was ist aber zu sagen, wann der Vatter einer in das Closter gehenden Tochter Geld gibt, muß wohl solches in die Noth-Gebühr verrechnet werden? Und wir vermeynen es seye ein Unterschied zu machen unter jenem, was der Tochter anstatt des Heyrath-Guths gegeben wird, und was ihr für die Kleyder und Ausfertigung gereicht wird. Was das erste belangt, haben wir schon oben gesagt, daß auch das Heyrath-Guth in die Noth-Gebühr verrechnet werde, also auch jenes, was der in das Closter gehenden Tochter anstatt des Heyraths-Guths gereicht wird. Weilen aber die DD. gemeiniglich wollen, daß die Kleyder und Weibliche Zierde, auch Geschmuck, welche der Tochter als Braut vom Vatter gegeben werden, weder conferirt, noch in die Noth-Gebühr verrechnet werden darffen, Wesenbec. n. fin. ff. de collat. dot. Manz. loc. cit. n. 9. wann sie nicht sehr pretios seynd. Grass. quaest. 23. n. 2. So vermeynen wir, es könne gesagt werden, daß der Closter-Habit und andere Closterliche Ausfertigung der Closter-Frauen weder zu conferiren, noch in die Noth-Gebühr zu verrechnen seye. Ein mehrers ist zu finden unten bey dem 14. Articul dises Tituls von der Collation.

Der eilffte Articul.

Die Noth-Gebührnuß mag mit keinem Geding, Aufschub, oder einigerley Bürden beschwärt werden, sondern ist deme, welchem sie von Rechts wegen gebührt, allerdings frey zu lassen, derowegen, da etwann der Vatter, seiner Hauß-Frauen, die Nutz-Niessung aller Güther hätte verschafft, muß der Kinder Noth-Gebührnuß, samt der Nutzung, die sie erträgt, davon gezogen werden.

Sum-

Summaria.

1. Welcher Gestalten jederzeit die Noth-Gebühr ohne *Condition*, Verschub, oder Bürde hinterlassen werden müsse?
2. Ob alle *Condition*, so der Noth-Gebühr angeklebt worden, verworffen werde, und wie vilerley *Conditionen* seyn?
3. Warum ein Sohn *sub conditione potestativa* als Erb eingesetzt, ihme aber nicht die Noth-Gebühr hinterlassen werden könne?
4. Ob der Sohn freywillig wider dises *Privilegium*, um die Noth-Gebühr nicht zu beschwären, gehen könne?
5. Ob ihme der Sohn schade, wann er seine Noth-Gebühr beschwären laßt?
6. Ob eine Noth-Gebühr zu fordern, ehe die Schulden bezahlt seynd?
7. Wann der Mann seiner Hauß-Frau die Nutz-Niessung aller Güther vermacht, ob nicht der Kinder Noth-Gebühr mit der Nutz-Niessung abgezogen werden müsse?

1. Es ist schon oben bey dem 1. Art. dises Tituls, und sonsten öffters gesagt worden, daß die Noth-Gebühr mit keiner Bürde belegt werden könne, sondern, wann eine Beschwärde zugelegt worden, solche von Rechts wegen aufgehoben, und verworffen werde, nicht anderst als wann solche niemahlen wäre zugesetzt worden. Krafft des Text in L. scimus 36. §. 1. L. quoniam 32. Cod. de inoff. testam. Wo gesagt wird, wann mit Conditionen, oder Verschiebungen oder durch andere Verordnungen eine Beschwärde der Noth-Gebühr beygelegt worden, solche muß aufgehoben werden, nicht anderst, als wann nichts dergleichen wäre beygesetzt worden, welches in disem Art. mit deutlichen Worten widerhollt wird, nemlich, daß jenem die Noth-Gebühr, deme solche gebührt, gantz frey hinterlassen werden müsse, solche auch mit keiner Condition, Verschub oder anderen Bürde beladen werden könne, auch wegen Aufhebung solcher Bürde und Beschwärde nach dem heutigen Recht die Querela inoff. testam. nicht mehr nöthig seye. Gail. 2. obser. 119. n. 3. Berlich. part. 3. conclus. 14. n. 5. Gomez. var. resol. cap. 11. n. 24. Und diß hat Platz in jedwederer Noth-Gebührnuß, welche nicht allein denen Kindern ersten Grads, sondern auch denen Encklen, und Ur-Encklen, ja auch denen Eltern gebührt, und in jedwederen auch Soldaten Testament. Clarus §. testamentum quæst. 72. n. 1. Weilen auch die Soldaten ihre Schuldigkeit gegen die Kinder, und Eltern beobachten müssen. L. 1. ff. de obseq. à lib. præst. Auch in einem zu milden Wercken errichten Testament. Gabr. conclus. 1. n. 11. Grass. §. legitima quæst. 38. n. 20. Gail. 2. obs. 119. n. 4. Wo er sagt, daß der Vatter dem Sohn die Noth-Gebühr nicht benemmen könne, wann er schon solche GOTT vermachen will, weil die Noth-Gebühr wie eine Schuld ist, es kan aber niemand den Glaubiger betrügen, damit er ein Allmosen gebe, oder die Kirch bereiche.

Was ist aber zu sagen von denen Conditionen? Wird wohl jedwedere, sie mag beschaffen seyn, wie sie wolle, verworffen, welche der Noth-Gebühr angehenckt wird? In der That ist die Conditio zwey oder dreyfach, eine, welche in blossen Casu fortuito bestehet, und wird genennt casualis, die andere, welche in blossen Willen dessen bestehet, dem die Condition auferlegt worden, und wird genennt potestativa, weil von dessen Willen abhanget, ob er solche erfüllen will oder nicht. Die dritte wird genennt mixta, das ist, welche theils von ungewissen Glück abhangt, und theils vom Willen dessen, in dessen Ansehung die Condition beygesetzt worden, was die Conditionem casualem, und mixtam betrifft, ist die Sach gar zu klar, daß deren keine der Noth-Gebühr angehenckt werden könne. Aus Ursach, weilen die Noth-Gebühr nicht frey wäre, sondern eingeschränckt, und von ungewissen Erfolg abhangete, wird also von Rechts wegen verworffen. Was die Conditionem potestativam belangt, kan ein Zweiffel seyn, dann, weilen in der Kinder Gewalt stehet, ob sie die Noth-Gebühr frey, unbeschwärt, und ungestimmlet haben wollen, wie können sie die Eltern beneyden, wann sie die Noth-Gebühr in deren Gewalt und Willen setzen? Aber die gemeine Meynung ist, daß auch dise Condition verworffen werde, wann sie auch noch so leicht ist; Zum Exempel, wann der Vatter sagt, ich setze meinen Sohn in der Noth-Gebühr als Erben ein, wann er will. Dann was ist leichter, als mit einem Wort sagen: Ich will, wann er aber halßstärrig schweigt, so wird doch dise Condition verworffen, und der Sohn ist der Noth-Gebühr Erb. Gabr. de legit. conclus. 1. n. 2. Menoch. lib. 4. præsumpt. 101. n. 47. Gomez. var. resol. tom. 1. cap. 11. n. 29. & 30. 2.

Man wird sagen, es seye dem gemeinen Recht nach gewiß, daß auch ein Noth-Erb unter der Condition: wann er will, als 3.

als Erb könne eingesetzt werden. Warum also solle nicht auch ein Sohn unter eben diser Condition in der Noth-Gebühr als Erb können eingesetzt werden? Und wir antworten, es seye der Unterschied, daß in dem Casu, wo der Sohn als Universal-Erb mit der Condition, wann er will, eingesetzt wird, sich nothwendig erklären muß, weil er durch solche Erklärung zu einen freywilligen Erben gemacht wird, L. Cornelius. vers. fin. ff. de hæred. instit. L. jam dubitari ff. eod. Aber ein freywilliger Erb thut vor der Antrettung, oder Einmischung, oder vor solcher Erklärung die Erbschafft auf seine Erben nicht überschieben, wie ein Noth-Erb die Noth-Gebühr. Es kan also der Vatter dise Condition dem Haupt- oder Universal-Erben ausbürden, nicht aber dem nur in der Noth-Gebühr eingesetzten Erben. Grass. §. legitima. quæst. 38. n. 12. & 13. Und deßwegen sagen wir gantz recht daß Krafft unsers Articuls jedwedere der Noth-Gebühr beygesetzte Conditio, sie mag potestativa, casualis, oder mixta seyn, für nichtig und nicht beygesetzt gehalten werden müsse, obwohlen Gomez. loc. cit. sehr subtil ausführt, daß durch die Conditionem potestativam auch bey Einsetzung des Universal-Erben das Jus Suitatis nicht aufgehoben werde, das ist, der Sohn doch Noth-Erb in der Noth-Gebühr verbleibe. Unterdessen ist wahr, wann dem als Universal-Erben eingesetzten Sohn eine Condition, oder ein andere Bürde beygesetzt wird, daß solche allein, was die Noth-Gebühr betrifft, verworffen werde, nicht aber was die übrige die Noth-Gebühr übersteigende Erbschafft belangt, aus Ursach, weil der Sohn im Uberrest ein freywilliger Erb, und kein Noth-Erb ist; Gleichwie nun mit solchem Uberrest er aus freyen Willen beehret worden, also auch hat er in der Noth-Gebühr beladen werden können. L. scimus. §. cùm autem. Cod. de inoff. test. Aus welchem folget, daß, wann der Sohn als Haupt-Erb, wie wir gesagt haben, unter Condition auch merè casuali eingesetzt worden, die Condition zwar, was die Noth-Gebühr belangt, verworffen werde, in denen übrigen Mittlen aber der Erfolg der Condition abgewartet werden müsse. Vid. pleniùs distinquens Gomez. loc. cit. cap. 11. n. 32.

6. Eine schwerere Frag ist, ob nicht der Sohn wider solche der Noth-Gebühr gegebne Freyheit freywillig handlen könne? Und vor allem sagen wir, daß, wann der Sohn in des Vatters Testament, wodurch die Noth-Gebühr beschwärt worden, mit einem Special-Legat, oder anderer Vermächtnuß beehret worden, und er solches angenommen hat, er doch nicht erachtet werde, daß er die Bürde über die Noth-Gebühr angenommen habe. L. si quando 35. §. 1. Cod. de inoff. test. Ja, wann er mit dem Vatter über eins kommen, und nach angenommenen Geld, oder anderen gewissen Sach bedungen hat, daß er dessen Testament nicht querelliren wolle, so kan er nichts destoweniger nach des Vatters Tod das Testament bestreitten, nemlich um die gantze und von aller Bürde freye Noth-Gebühr, wo Papinianus die Ursach gibt, daß denen Eltern weit besser anstehe, mit Verdiensten die Söhn zum Gehorsam anzulocken, als mit Pactirungen anzuhalten. Gail. 2. obs. 119. Gabr. loc. cit. n. 8. Unterdessen ist doch kein Zweiffel, daß, wann der Sohn nach des Vatters Tod, da ihm des Vatters Testament bekannt ist, sich denselben unterworffen, und selbes ausdrucklich approbirt hat, er die beygesetzte Condition oder Bürde erfüllen müsse; Aus Ursach, weil, wie wir oben gesagt haben, der Sohn mit der Enterb- oder Umgehung zu frieden seyn, und eben darum sich an der gantzen Noth-Gebühr præjudiciren kan, warum also nicht auch, was die Condition oder Bürde der Noth-Gebühr betrifft? Covar. ad cap. Raynaldus 18. §. 2. n. 4. Gabr. loc. cit. n. 7. & 55. Ist also ein Unterschied, ob der Sohn die conditionirte oder beschwärte Noth-Gebühr vor oder nach des Vatters Tod bequemige, thut er diß vor des Vatters Tod, so ist die Approbation nichtig, weil die Erbschafften nicht durch Pacta, und Bedingnussen zufallen; Thut er solches nach dem Tod des Vatters, so wird erfordert, daß die Approbation ausdrucklich geschehen, dann in einer so wichtigen Sach, wird ein stillschweigende Approbation nicht zugelassen. Vide hac in parte fusiùs distinquentem. Manz. loc. cit. tit. 12. quæst. 43. n. 56.

Dise Regul aber, daß der Sohn mit Einwilligung in die Noth-Gebühr beygesetzte Bürde ihme nicht præjudicire, hat ein und anderen Absatz, deren die erste ist, welchen Gomez. tom. 1. cap. 11. n. 31. macht, wo er drey Zeiten unterscheidet, ob nemlich der Sohn vor dem gemachten Testament, oder unter würcklicher Machung des Testaments, oder nach des Testirers Tod eingewilliget habe, obwohlen nun Gomezius zulasset, daß der vor dem gemachten Testament gegebne Consens dem Sohn nicht præjudicire, und daß ihme nach des Vatters 5.

ters Tod gantz frey bevorstehe, sich der Noth-Gebühr völlig zu verzeihen, zu geschweigen, die beygesetzte Bürde zu erkennen, und zu begnehmigen, so hat er doch in disem was besonders, daß, wann der Sohn im würcklichen Testament machen in die Noth-Gebührs Beschwärde consentirt, solcher Consens ihme schade. Lese auch den Covar. ad cap. Raynaldus §. 2 n. 6. Aus der Ursach, weil der Sohn bey dem würcklichen Testament Machen in seine Enterb- oder Umgehung einwilligen kan: Also um so mehr in die Beschwärung der Noth-Gebühr. Weilen aber eben diß oder vil mehrers zweiffelhafftig ist, wie weitläuffig ausführt D. Manz. de test. tit. 8. quæst. 2. ampl. 38. n. 324. Berlich. part. 3. conclus. 16. n. 13. & seq. so wird eines durch das andere noch unbeständigere nicht bestättiget.

Der andere Absatz ist wahrhaffter, daß alsdann ihme der Sohn durch seinen Consens schade, wann ein Eyd darzu kommt, Covar. ad dict. cap. Raynaldus §. 2. n. 6. Gabr. de conclus. 1. n. 7. & 64. Gomez loc. cit. n. 31. Grass. §. legitima. quæst. 38. n. 21. Aus Ursach, weilen auch ein beschwornes Pactum über Erbschafft giltig ist: Item eine approbirte Enterb- und Umgehung, weilen ja das Argument à majori ad minus gilt. Welche Giltigmachung durch Eyd Platz hat, es mag der Eyd vor dem Testament, oder unter währenden Testament machen, oder nach des Testirers Tod darzu kommen seyn, dann der Eyd muß allzeit gehalten werden, so lang er ohne Verlurst der Seeligkeit gehalten werden kan.

Der dritte Absatz ist, wann die Söhn selbsten unter einander über die Vätterliche oder Mütterliche Erbschafft mit der Eltern Willen und Begnehmigung sich vergleichen, sie mögen diß vor gemachten Testament, oder unter währenden Testament Machen, oder hernach thuen; Aus Ursach, weilen solcher Vergleich nicht das Votum captandæ mortis nach sich ziehet, weil præsupponirt wird, daß solches die Eltern approbirt haben, welchen Falls die Gefahr captandæ mortis weichet: Und geschieht keinem Kind ein Præjudiz, wann schon eines beschwärt wird, weil solche Beschwärnuß durch gemeinsame Begnehmigung approbirt wird. Gomez loc. cit. vers. 2. & Covar. loc. cit. n. 5. Wann jedoch die Eltern bey ihren Willen und Approbation biß an ihr End verbleiben, dann gleichwie das Testament nach Gefallen sie allzeit änderen können, also auch dise Approbation, welche in Krafft eines letzten Willens passirt wird. Manz. loc. cit. n. 66.

Was ist aber Rechtens, wann der Vatter die Kinder in der Noth-Gebühr einsetzt, und derenselben Noth-Gebühr kein Bürde oder Beschwärde beylegt, unterdessen doch keine Güther hat, welche nicht zuvor schon mit Schulden, oder sonsten mit anderen Bürden beladen seynd? Hierauf antworten wir, daß Krafft des 1. Art. keine Erbschafft seye, wann nicht zuvor alle Schulden und anderes bezahlt worden. Was die Schulden betrifft, das leichteste Mittel, wann solche zuvor entweders durch baar Geld, oder an Bezahlungs statt Uberlassung einiger Güther abgetilgt, und was übrig ist, erst in die Noth-Gebühr verrechnet werde. Wann aber die Erbschäfftliche Güther solchen Beschwärden unterworffen seynd, welche ihnen ewig ankleben, und nicht können abgesöndert werden, muß vor allem die Schätzung solcher Bürden geschehen, nach dessen Abzug erst der übrige Werth der Güther in die Erbschaffts-Massa zu legen, und alsdann die Berechnung der Noth-Gebühr zu machen ist. Berlich. part. 3. conclus. 14. n. 4. Gail. 2. obser. 119. n. 11. & seq. Manz. loc. cit. n. 68. Welches absonderlich also zu beobachten ist, wann auch die Eltern selbsten, dergleichen ewige und unablößliche Bürden nicht erst gemacht, sondern von ihren Vorfahreren schon also beladen bekommen haben. Ein tägliches Exempel haben wir allhier zu München. Gewiß wird man 100. Burger finden, welche nichts als zahlreiche Kinder, und meistens ein mit ewigen Zinnßen beladenes Häußl hinterlassen, wie ist also die Berechnung der Noth-Gebühr zu machen? Zuvor müssen die Capitalien, und vertagte Zinnß abgezogen werden, wann hernach am Häußl etwas über verbleibt, so denen Erben zufallen kan, solches muß nebst dem Haußrath, und Handwercks-Zeug in eine Massa zusammen geworffen, und aus selber die Noth-Gebühr angerechnet werden. Wer immer nun aus den Kindern das Häußl mit denen darauf hafftenden ewigen Zinnß-Geldern erblich an sich ziehet, der übernimmt solche Bürden als ein neuer Schuldner, und thut von solchen keinen Heller in die Noth-Gebühr verrechnen, sondern der Werth, was über solche ewige Zinnß-Gelder verhanden ist, allein wird in die Noth-Gebühr verrechnet. Die Sach ist klar, hat also eine weitere Ausführung nicht nöthig. Diß soll über gegenwärtigen Articul genug seyn, der mehrers verlangt, der lese die oben citirte Authores. Unser Vorhaben ist, so vil wir können, allein bey denen im Vatterland bekannten Fällen zu verbleiben. 6.

7. Jetzt ist noch eine merckwürdige Anmerckung unsers Art. übrig, wovon wir schon bey dem 14. Art. des 34. Tituls der Land-Recht geredt haben, wann ein Vatter, wie dise ungeschickte Gewohnheit in unsern Vatterland fast aller Orten, und auch bey in Ehren und Würden stehenden Persohnen eingeschlichen, seine Hauß-Frau in der Nutz-Niessung aller Güther einsetzt, ob solche Einsetzung gerecht und giltig seye? Und alldort haben wir geantwortet, daß solche Einsetzung nach unsern Land-Recht weiters nicht, als was den Unterhalt der Ehe-Frau betrifft, zu verstehen seye, also daß, wann die Nutz-Niessung aller Güther mehr als den Unterhalt der Wittib ertragt, solcher Uberschuß nicht der Wittib, sondern den Kindern zufalle, per Jura & authoritates ibidem allatas. Und obwohlen wir alldort gesagt haben, ein anderes zu seyn, wann der Ehe-Herr im Testament ausdrucklich verordnet hat, daß die völlige Nutz-Niessung der Ehe-Frau zukommen solle, so wird doch in disem unsern Art. ein merckwürdiger Absatz beygesetzt, daß zuvor der Kinder Noth-Gebühr mit der Nutz-Niessung abgezogen werden müsse. Gail. 2. obs. 144. n. 1. & 2. Gabr. loc. cit. n. 15. Manz. loc. cit. quæst 44. n. 13. & 26. Die Ursach ist an sich selbsten klar, weil kein härtere Condition, und schwerere Bürde und Last seyn kan, als die Benemmung der Noth-Gebührs Nutz-Niessung. Dahero solches billig und mit Recht verworffen wird, damit nicht nach des Justiniani Ausspruch die Ehe-Herrn, da sie ihren Frauen schön thuen, die Kinder umbringen.

Der zwölffte Articul.

Ein jeder dem die Noth-Gebührnuß von Rechts wegen zustehet, solche aber nicht, oder doch nicht völlig bekommen, der mag dieselb in dreyssig Jahren, nach Absterben des Erblassers erforderen; Es wäre dann, daß er nicht um die Noth-Gebührnuß allein, oder deren Ergäntzung klagen, sondern das Testament, als wider Pflicht-schuldige Treu unrechtmässig bestreitten wollt, muß er solches innerhalb fünff Jahren thuen, dann nach Ausgang derselben, ist solche Klag wider das Testament erloschen.

Summaria.

1. Wie lang die *Nullitäts*-Mittel, die *Querela inofficiosi Testamenti*, item die *Actio* um Ergäntzung dauren?
2. Durch was für eine *Action* die Ergäntzung der Noth-Gebühr begehrt werden könne?

Was für Rechts-Mittel denen Kindern zustehen, wann sie von den Eltern im Testament umgangen, oder ungerecht enterbt, oder zwar aus einer rechtmässigen aber nicht erwiesenen Ursach enterbt worden, haben wir in vorgehenden schon sattsam an Tag gelegt Nemlich das Nullitäts-Mittel, und die Querela inofficiosi Testementi, oder wann die Kinder zwar eingesetzt worden, aber nicht in der gantzen Noth-Gebühr, nemlich die Actio in supplementum. Item wann die Noth-Gebühr
1. mit einer Condition oder anderen Bürde belegt worden: Jetzt fragt der Art. wie lang jedes solcher Mittel daure? Hierauf antworten wir, in Conformität dessen, was wir schon oben gesagt haben, daß die Nullitäts-Klag wegen beschehner Umgehung, oder ungerechter Enterbung 30. gantzer Jahr daure, die Querela inofficiosi testamenti aber nur 5. Jahr daure; Nun ist übrig die Actio in supplementum, welche weilen favorabel ist, auch Krafft unsers Articul 30. Jahr fürdauret, was die der Noth-Gebühr angehenckte Conditionen, Bürden und Beschwärde betrifft, ist kein Ursach, warumen wir wegen der Actions-Gattung, und dessen Daurung vile Sorg tragen sollen, weilen sie von Rechts wegen für nicht beygesetzt gehalten werden; Der Text dises Art. thut in vilen Stucken die Uberschrifft überschreitten, wann wir eine weitläuffere Untersuchung anstellen wollten, doch zu End unserer Land-Recht seynd einige Wort beygesetzt worden, das ist, wider Pflicht-schuldige Treu, welche die Verordnung dises Articuls mehr obscur als klar machen. Es scheint doch, daß der Verstand dises Art. welcher allein von der Noth-Gebühr

bühr redet, diser seye, daß die Ergänzung der Noth-Gebühr in 30. gantzer
2. Jahren begehrt werden könne. Wann man fragt mittelst welcher Action? So sagen wir petitione hæreditatis, und dise Actio daurt 30. Jahr. Wann aber der, so mit der Erb-Gebühr völlig umgangen, und zwar aus einer rechtmässigen aber nicht erwießnen Ursach enterbt worden, ein Mittel wider das Testament nach laut unsers Art. wider Pflicht-schuldige Treu sucht, der muß Querelam inoff. test. anstellen, und dise, weil sie gehässig ist, und ausserordentlich, daurt nur 5. Jahr lang, dann es ist hart zu sagen, daß die Eltern sollen angeklagt werden, wie unsere Wort lauten: Unrechtmässig, und wider die Pflicht-schuldige Treu gehandlet zu haben. Ist dahero ein anderes, etwas thun wider rechtliche Ordnung, und wider die Pflicht-schuldige Treu, und nichtig, oder ungiltig etwas verrichten. In dem ersten Fall wird allein zu Ehren der Eltern die fünff-jährige Actio inoff. test. in dem anderen Fall aber die Actio Nullitatis, so 30. Jahr daurt, gestattet, und diß ist der völlige Verstand und Innhalt dises Art.

Der dreyzehende Articul.

Wann der Vatter seinem Kind auf den Fall, wann es vor seinen vogtbaren Jahren versturbe, einen Affter-Erben einsetzt, und das Kind, wann es unter den vogtbaren Jahren versturbe, sein Eheleibliche Mutter hinterließ, so ist vor allen Dingen zu sehen, woher das Guth, so das Kind verliesse, an dasselb gefallen, und kommen seye. Dann in demjenigen Guth, welches das Kind nicht von seinem verstorbnen Vatter, sondern anderst woher bekommen, kan der Vatter, des Kinds Mutter die Legitimam oder Noth-Gebührnuß, weder durch die Affter-Erbsatzung, welche dem unvogtbaren Kind geschieht, zu latein pupillaris Substitutio genannt, noch durch einige andere Affter-Erbsatzung, und Substitution, nicht nemmen; Was aber des jenigen Guths ist, welches ausserhalb der Vätterlichen Legitima, oder Noth-Gebührnuß, von dem Vatter dem Kind verlassen würdet, in demselben Guth hat die Mutter auf Absterben des Kinds kein Noth-Gebührnuß, wann der Vatter dem Kind, da es unvogtbar versturbe, einen Affter-Erben gesetzt hätte. Dann derselb Affter-Erb schließt in solchem Guth, welches das Kind ausserhalb der Legitima, vom Vatter bekommen, des Kinds Mutter gantz und gar aus, also daß sie in solchem übrigen Guth auch kein Noth-Gebührnuß oder Legitimam zu begehren hat.

Summaria.

1. Ob die *substitutio pupillaris* gelte, was die Noth-Gebühr des unvogtbaren im Vätterlichen Gewalt stehenden Sohns betrifft?
2. Wann der Vatter dem Sohn *pupillariter substituirt*, ob der Mutter des unvogtbaren Sohns die Noth-Gebühr gelassen werden müsse?

Um disen Art. zu verstehen ist zu wissen, daß Krafft des 16. Tit. Inst. de pupill. substit. der Vatter Krafft Vätterlichen Gewalts berechtiget seye, seinem in Vätterlichen Gewalt stehenden, und noch unvogtbaren Sohn in seinem Testament, in welchem der Sohn Erb eingesetzt ist, nicht allein in jenen Güthern, welche er vom Vatter bekommt, sondern auch in anderen, so er anderst woher hat, auf den Fall, wann er als unvogtbar stirbt, einen anderen Erben zu substituiren, welche Substitutio pupillaris genennt wird. Nun von diser Pupillar-Substitution.

Ist die erste Frag, ob sie auch gelte, 1.
was die Noth-Gebühr eines unvogtbaren in Vätterlichen Gewalt stehenden Sohns? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen, wie wir bißhero der Länge nach demonstrirt haben, die Noth-Gebühr mit keiner Condition, Verschub, Bürde, oder Beschwärde beladen werden kan, es scheint aber ein grösse Bürde,

 und

und Beschwärde zu seyn, daß der Sohn einen Erb haben solle, welchen ihme der Vatter aufbürdet, hernach ist oben öffters gesagt worden, daß der letzte Willen von eines anderen Willen nicht abhangen könne, und endlich, wann solche Substitution für keine Beschwärde gehalten wird, so muß sie doch nothwendig für eine Condition gehalten werden, weil sie geschieht auf den Fall, wie der Kayser in prin. dict. tit. Inst. de pupill. substit. redet, wann der Sohn, ehe er vogtbar wird, und in seinen eignen Schutz kommen, und nicht in eines anderen Gewalt verfallen ist, welches ja eine Condition ist, und also, vorbesagter massen für mit beygesetzt gehalten werden muß. Dessen doch ohnerachtet ist gewiß, daß auch die in der Noth-Gebühr beschehne Pupillar-Substitution gelte, L. Papinianus 8. §. si quis impuberi ff. de inoff. test. Wo dem unvogtbaren Sohn die Querela inoff. abgeschlagen wird. Ein gleicher Text ist in L. ex tribus. 26. Cod. eod. & L. si arrogator 22. §. 1. ff de adopt. Wo dem Arrogatori zugelassen wird, dem arrogirten Sohn in der Noth-Gebühr zu substituiren, welche er des Arroganten Güthern bekommt. Und dessen ist die Ursach, weil der natürliche Vernunfft gemäß ist, daß der Vatter dem Sohn mit jenem vorsehen könne, mit welchem der Sohn wegen Mangel des Alters ihm selbsten nicht vorsehen kan, weilen die Unvogtbare wie wir oben gehört haben, kein Testament machen können. L. 5. ff. de test. Es halten also die Gesatz darfür, daß der Vatter dem unvogtbaren Sohn aus Vätterlicher Lieb am besten fürsehen werde, und deßwegen haben sie dise Würckung des Vätterlichen Gewalts ihme gestattet, daß er nicht nur in der Noth-Gebühr, welche der Sohn Krafft des Vätterlichen Testaments bekommt, sondern auch in all anderen Güthern dem Sohn, wann er stirbt, vor er vogtbar wird, einen Erben substituiren kan, und diß ist auch für keine Bürde oder Beschwärde zu nemmen, weil es vilmehr zu Ehren und Nutzen des Sohns gereicht, weilen ja der Vatter solchen Erben gegeben zu haben eracht wird, der der Famili danckbar und angenehm seye. Ist auch nicht wahr, daß alle Condition von der Noth-Gebühr verworffen werde, sondern nur jene, welche unanständig, beschwärlich und schädlich ist. Gail. 2. obs. 119. n. 14. Manz. de testam. tit. 12. quæst. 45. n 2. Nun folgt

2. Die 2. Frag, ob, wann der Vatter dem Sohn pupillariter substituirt, der Mutter des unvogtbaren Sohns die Noth-Gebühr verlassen müsse? Dise Frag, welche bey den Rechts-Gelehrten sehr in Dispu gezogen wird, wird in unsern Art. unsers Erachtens meisterlich der natürlichen Billigkeit nach aufgelößt, welche Billigkeit unsere Land-Recht allzeit dem geschärfften Recht vorziehen, und lieben. Obwohlen nun nach der neuern Authorum gemeinen Meynung sowohl dem Geistlichen als Burgerlichen Recht nach nemlich Krafft des cap. 1. de testam. in 6. & L. Papinianus 8. §. sed nec impuberis 5. ff. de inoff. test. eine Regul gemacht wird, daß der pupillariter Substituirte des Sohns alle Güther erlange, es mögen ihme solche Vatter oder sonsten zugekommen seyn, und daß ein solcher Substituirter alle des Pupillen Erben ab inteſtato, und unter disen auch die Mutter, welcher doch vorbesagter massen die Noth-Gebühr gebührt, also ausschliesse, daß nichtmalen der Mutter wegen der Noth-Gebühr die Querela inofficiosi Testamenti gestattet werde, wie zu lesen ist bey Berlich. part. 3. conclus. 10. n. 20. & multis seq. Ant. Faber. ad tit. 8. Cod. lib. 6. def. 2. Hartm. Pistor. obs. 30. Coler. part. 2. decis. 351. und gantz neuerlich bey Ign. Rath. ad tit. 16. Inst. de pupillari substitutione n. 63. So macht doch unser Art. einen Unterschied, unter den dreyfachen Güthern des Pupillen: Der erste ist, welche der Sohn nicht vom Vatter, sondern anderstwoher hat, villeicht aus Gutthat anderer Bluts-Befreundten oder guten Freunden oder aus fremder Erbschafft, oder sonstigen Glück, dann in disen liegt dem Vatter ob, daß er, da er dem Sohn substituirt, der Mutter die Noth-Gebühr lasse. Und fürwahr gantz löblich, und der natürlichen Vernunfft gemäß. Dann warum soll der Vatter mehr thun können, als der Sohn selbsten, wann er von solchen Alter wäre, daß er ihm selbsten einen Erben setzen könnte? Die zweyte Güther seynd, welche der Sohn vom Vatter vermög der Gesätz hat; Und die dritte seynd, welche er aus blossen guten Willen des Vatters hat. Zum Exempel, der Vatter verlaßt ein Erbschafft von 12000. fl. seinen unvogtbaren Sohn, deme er einen Erben substituirt, für die Noth-Gebühr muß er nothwendig ein Drittel mit 4000. fl. hinterlassen, weil der eintzige Sohn ist, so hat er ihn für seinen Erben eingesetzt. Nun ist die Frag, ob der pupillariter Substituirte, der villeicht gantz fremd ist, nach des Pupillen Tod die Mutter in allen Güthern ausschliesse? Und hierauf schließt unser Art. daß die Mutter von denen zwey Drittel, so dem unvogtbaren Sohn

aus

aus purer Freygebigkeit hinterlassen worden, nichts forderen könne, weil der Testirer solche zwey Drittel frey einem gantz Fremden, auch mit Ausschluß des Sohns, hätte zueignen können. Aber in dem dritten Drittel, welches dem unvogtbaren Sohn zur Noth-Gebühr zufallt, muß der Mutter die Noth-Gebühr aus eben jener Ursach gegeben werden, welche wir kurtz zuvor angeführt haben, daß der Sohn selbsten, wann er ihme selbsten einen Erben gesetzt hätte, der Mutter die Noth-Gebühr hätte hinterlassen müssen, muß also auch der Vatter dises thun, der Krafft Vätterlichen Gewalts bey der Substitution des Sohns Stell vertritt. Und diß ist der Verstand unsers zwar dunckklen Articuls, welcher die sonst erlangte Güther des unvogtbaren Sohns, und die Noth-Gebühr, welche der Sohn vom Vatter bekommt, ausdrucklich der Mütterlichen Noth-Gebühr unterwirfft, und allein des unvogtbaren Sohns Güther, so aus blosser Freygebigkeit des Vatters herstammen, ausnimmt, und gestattet, daß solche dem substituirten Erben zufallen sollen, thut also der Art. dißfalls allen Disput aufheben, welchen die DD. gantz subtill inter substitutionem pupillarem expressam und tacitam, generalem, und specialem, oder mixtam machen, das ist, wann die ausdruckliche Substitutio pupillaris die stillschweigende vulgarem, und hingegen die vulgaris expressa die stillschweigende pupillarem in sich begreifft. Wann der geneigte Leser dißfalls einen Unterschied unter unsern Land und dem gemeinen Recht machen will, wird ich nicht entgegen seyn, weil die Gesätz und Ursachen, so von denen Rechts-Gelehrten subtill beygebracht worden, solches mit sich bringen, und den Beystand der Geistlichen Recht in dict. cap. 3. de testam. in 6. haben. diff.

Der vierzehende Articul.

Das Einwerffen, Collation, oder Stillstehen in der Theilung der Erbschafften, ist anderes nichts, weder wann einer aus den Erben, von der verstorbnen Persohn, von deren Hinterlassenschafft man handelt, etwas zuvor empfangen hat, daß es solches, wann es weiter erben will, wiederum in die Erbschafft einwerffen, oder so lang, biß sein Mit-Erb auch so vil aus der Erbschafft, vor gemeiner Theilung, heraus nimmt, still stehen muß, welche Einwerffung oder Stillstehen aber, allein beschieht zwischen denjenigen Persohnen, welchen man die Noth-Gebührnuß schuldig ist, sie auch sonsten den Verstorbenen, wann er kein Testament machete, zugleich erbeten, und muß solche Einwerffung beschehen, es hab gleich der Erblasser ein Testament gemacht, oder nicht, auch alles das eingeworffen werden, was sonsten, Innhalt der gemeinen Rechten, und des vorgehenden zehenden Articuls, in die Noth-Gebührnuß eingerechnet würdet. Wie dann auch die Encklen, wann sie An-Herrn und An-Frauen erben wöllen, dasjenig einwerffen müssen, was deren Vatter, und Mutter, wann sie noch lebeten, einzuwerffen wären schuldig gewesen.

Summaria.

1. Was die Einwerffung oder *Collation* seye?
2. Ob die *Collation* in auffsteigender Lini Platz habe?
3. Ob auch bey denen Encklen, sie mögen mit denen Kindern ersten Grads, oder aus eignen Recht erben?
4. Wann sich die Tochter der Erbschafft verziehen hat, ob sie nichts destoweniger doch *conferiren* müsse, wann sie nachgehends vom Vatter eingesetzt worden?
5. Ob der Erblasser die *Conferirung* ausdrucklich verbietten, und nachlassen könne?
6. Ob darfür gehalten werden könne, daß auch stillschweigend und *præsummirlich* die *Collation* seye nachgesehen worden?
7. Ob ein fremder Erb, der mit den Kindern Erb eingesetzt worden, von der *conferirten* Sach Theil habe?
8. Ob die *Collation* nicht allein in *Testament*, sondern auch *ab intestato*?
9. Wann ein Sohn aus dem *Testament*, der ander aber *ab intestato* erbt, *conferiren* müsse?
10. Welche Sachen der *Collation* unterworffen seyen?
11. und 12. Warum jenes, so in den *Codicillen* ein oder anderen Kind vermacht worden, in die

die Noth-Gebühr verrechnet werde, nicht aber zu *conferiren* seye?
13. Ob die zur Hochzeit-Mahl verwendte Kösten *conferirt* werden müssen?
14. Ob das jährliche Geld, so der Vatter dem Sohn zum bessern Unterhalt gegeben, zu *conferiren* sey?
15. Item die Studier-Kösten?
16. Item die Kösten, so dem Sohn zum reisen gegeben werden?
17. Was Rechtens, wann der Sohn mit des Vatters Geld gehandlet, und durch seinen Fleiß viles gewunnen hat, ob er den Gewinn *conferiren* müsse?
18. Ob die widergeltliche Schanckung *conferirt* werden müsse, wann die Kinder gleiche Verdienst gemacht zu haben, vorwenden?
19. Durch was für eine *Action* jener zu *conferiren* angehalten werden könne, der nicht *conferiren* will?

Wir haben in dem 10. Art. der Länge nach gesagt, was in die Noth-Gebühr verrechnet werden müsse, womit diser Art. eine Verwandschafft hat, dann alles, was in die Noth-Gebühr verrechnet werden muß, das muß auch conferirt werden, obwohlen im Gegenspiel jenes, was conferirt werden muß, nicht allzeit in die Noth-Gebühr zu verrechnen ist, weil sich die Collation weiters erstreckt, wie wir gleich hernach sehen werden.
1. Wann man nun fragt, was die Einwerffung oder Collation seye? Beschreibt solche der Art. mit folgenden Worten; Die Collatio ist nichts anders, weder wann einer aus den Erben, von der verstorbnen Persohn, von deren Verlassenschafft man handlet, etwas zuvor empfangen hat, daß es solches, wann es weiter erben will, wiederum in die Erbschafft einwerffen, oder so lang, biß sein Mit-Erb auch so vil aus der Erbschafft, vor gemeiner Theilung, heraus nimmt, still stehen muß. Perez ad tit. Cod. de collat. thut die Collation also beschreiben, die Collation ist eine Einwerffung eigner Sach in die gemeinschäfftliche Erbschafft, damit die Erbschafft zu gleichen Theilen vertheilt werde. Dise Wort hat schier auch Treutler. vol. disput. 17. thes. 1. Das Fundament dises Rechts ist in Novell. 18. cap. 6. worüber die DD. viles disputiren, welch alles wir in kurtze Fragen einrichten werden.

2. Die erste ist, ob die Collation auch Platz habe in der auffsteigenden Lini? Und obwohlen diß unter den Rechts-Gelehrten strittig ist, also daß mehrere darfür halten, daß, weilen dem alten Recht nach die Collation in der auffsteigenden Lini nicht Platz gehabt hat, und diß niergends corrigirt worden, noch heut zu Tag solches Platz greiffen müsse. Dann was nicht geändert wird, warum soll es nicht giltig verbleiben? Absonderlich, weilen unter der Erb-Nemmung deren absteigenden, und unter der Erb-Nemmung der auffsteigenden Lini diser Unterschied ist, daß die Erb-Nemmung der absteigenden natürlich ist, die Erb-Nemmung der auffsteigenden wider die Natur ist; Dann es geschieht wider die Natur, wann die Kinder vor den Eltern sterben, und ihre Verlassenschafft denen Eltern zufallt, deßwegen aber ist die Collation eingeführt worden, weilen die Recht præsummiren, daß, wann die Kinder von den Eltern in Lebs-Zeiten etwas bekommen, solches ihnen gegeben worden seye, daß sie es in ihre Erbs-Portion einrechnen sollen, weil erachtet wird, daß die Eltern die Kinder gleich lieben, und also wollen, daß unter ihnen eine Gleichheit soll gehalten werden. Welche Ursach anscheint nicht verhanden zu seyn, in dem Fall, wo der Kinder Verlassenschafft den Eltern zufallet. Dann wer wird ihm einfallen lassen, daß des Sohns, der einem aus den Eltern in Lebs-Zeiten etwas gegeben, Absehen gewesen seye, daß er solches gebe um solches in die Erbs-Portion einzurechnen, und nicht vilmehr zu solchem Ende, damit er ihme hierdurch von den Eltern ein fettere Erbs-Portion erwerbe? Dessen doch ohnerachtet, verordnet unser Art. ausdrucklich, daß die Collatio unter all jenen Erben Platz habe, denen von Rechts wegen die Noth-Gebühr zustehet; Aber denen Eltern gebührt von den Kindern die Noth-Gebühr sowol, als denen Kindern von den Eltern, als müssen auch die Eltern conferiren. Hernach, wann deßwegen die Collation eingeführt worden, weilen erachtet wird, daß die Eltern wollen, daß unter den Kindern ein Gleichheit gehalten werde, warum soll nicht eine gleiche Præsumption seyn für die Kinder? Dann die Ungleichheit ist eine Mutter alles Zwytrachts, daß aber solchen die Kinder unter den Eltern pflantzen wollen, ist nicht zu præsummiren. Wann einem der Sentenz, daß, weilen das alte Recht niergend corrigirt worden, die Eltern zur Collation nicht gehalten seyn, gantz gewiß vorkommt, daß er mit Hunnio Baldi widrige Meynung einen Traum nennen kan, der kan mit unsern guten Willen hier einen Unterschied zwischen unsern Land- und dem gemeinen Recht anmercken. diff.

Die andere Frag ist, ob auch das Collations-Recht Platz habe, wann die Encklen mit denen Kindern ersten Grads erben? Und wir antworten glathin mit Ja, weilen sie Jure repræsentationis erben, 3.

ben, und in die Stell der Eltern eintretten; Gleichwie nun jener, wann er noch lebete, jenes beytragen müsse, was er von seinen Eltern empfangen, also auch seynd die Encklen verbunden die Collation zu præstiren, dessen Stell sie vertretten. Was ist aber Rechtens, wann die Encklen allein erben, und kein Vatter oder Mutters Bruder verhanden ist? Und wir antworten, obwohlen sie solchen Falls zwar aus eignen Recht erben, sie doch nichts destoweniger jenes conferiren müssen, was ihre Eltern vom An-Herrn oder An-Frau bekommen haben. Krafft des Text in L. ut liberis 17. Cod. de collat. & L. illam 19. Cod. eod. Dann obwohlen die Encklen, die aus eignen Recht erben, vom An-Herrn oder An-Frau nichts empfangen haben, so seynd sie doch zu conferiren schuldig das jenige, was ihe Eltern empfangen haben, gleichsam als erbeten sie nicht in Capita, sonder in Stirpes, damit eine Gleichheit gehalten werde, also lautet unser Art. zu End klar und ausdrucklich ein anders ist, wann aus einem Sohn, oder Tochter allein mehrere Encklen verhanden wären, dann, gleichwie sodann sie denen An-Herrn oder An-Frau in Capita erben, also, wann eines oder das andere aus den Encklen etwas vom An-Herrn oder An-Frau noch im Leben bekommen hat, ist solches zu conferiren, weil allen aus des An-Herrn Erbschafft die Noth-Gebühr zustehet, denen aber die Noth-Gebühr gebührt, die müssen alle conferiren, wie unser Art. zur standhafften Regul setzet, und des Baldi Traum wahr macht. Wir haben gesagt, es seye zu conferiren jenes, was der Encklen jedes vom An-Herrn oder An-Frau bekommen hat, dann, was ihrem Vatter oder Mutter aus der An-Herrlichen Erbschafft zugekommen, das ist nicht mehr zu conferiren, weil darfür gehalten wird, daß solches die Encklen schon längstens bekommen haben, und niemand ihm selbsten schuldig seyn, oder conferiren könne.

4. Die dritte Frag ist, wann eine Tochter, so sich der Erbschafft verziehen hat, nach der Hand nichts destoweniger mit ihren Brüderen von Vatter eingesetzt worden, ob sie jenes, was sie zu vor um sich zu verzeihen, bekommen hat, conferiren müsse? Und wir vermeynen, es seye ein Unterschied zu machen, welchen wir Art. 10. gemacht haben, ob nemlich die Tochter zu Favor der Eltern, damit sie desto freyer testiren können, oder zu Favor der Brüder zu Erhaltung der Famili sich verziehen habe. In dem ersten Fall muß die Collation geschehen, weilen, was sie zu vor empfangen in die Noth-Gebühr verrechnet werden muß, alles aber, was in die Noth-Gebühr verrechnet wird, ist auch der Collation unterworffen. Wann aber die eydliche Verzieht geschehen ist zu Favor der Brüder, so kan ihro das durch den Eyd einmahl rechtmässig erlangte Recht durch die weitere Erbs-Einsetzung nicht mehr benommen werden.

Eben dises ist zu sagen, wann viertens die Frag ist von einer Tochter, welche durch ein Statutum von der Erbschafft ausgeschlossen ist, dann wann solches Statutum zu Favor des Männlichen Geschlecht gemacht worden, so kan solches der Vatter durch sein privat Testament nicht umstossen, wann aber das Statum zu Favor des Vatters errichtet worden, in dessen Gewalt ist sich solchen Favors zu begen, und die sonst ausgeschlossne Tochter als Erben frey eingesetzt hat, so ist kein Zweiffel, daß nicht ein solche als Erbin instituirte Tochter conferiren müsse, damit nicht sonsten sie ihre Erbs-Portion doppelt empfange, und die Brüder zu sehr beschädige. Und diß soll gesagt seyn von den Persohnen, welche zu conferiren schuldig seynd. 5.

Man wird aber sagen, warumen wir von jenem sehr bekanten Unterschied nichts sagen, welchen die Recht machen unter denen, so in Vätterlichen Gewalt stehen, und die desselben entlassen worden, und unter deren Bonis adventitiis, und Profectitiis, welcher Gestalten und in wie weit dise gegeneinander conferiren müssen, weil in Ansehung dises Unterschieds sonderheit das Collations-Recht erfunden worden? Und wir antworten, daß auch unser Art. hiervon nichts melde, aus Ursach, weilen dem heuthigen Recht nach die Noth-Gebühr allen Kindern, die in Vätterlichen Gewalt seyn oder nicht, Manlichen und Weiblichen Geschlechts, des ersten oder weiteren Grads gleicher massen gebührt, denen aber die Noth-Gebühr zustehet, die müssen conferiren, wie unser Art. zur Regul setzt. Und hiedurch und mit disem eintzigen Streich werden vile Subtilitäten, welche die DD. wegen denen in Vätterlichen Gewalt stehenden, und emancipirten Kindern erweckt worden, auf einmahl gehoben, wer hiervon etwas kürtzlich und gründlich sehen will, der lese den And. fachinæum. in controv. Jur. lib. 5. cap. 77. 78. 79. & molinam tom. 3. tract. 2. & disput. 237. 6.

Die 5 Frag ist, ob jener, von dessen Erbschafft gehandlet wird, die Collation 7.

verhinderen, und nachlassen könne? Hierauf antworten wir, wann der Vatter oder Mutter, oder jedwederer Erblasser unter jenen, denen er die Noth-Gebühr schuldig ist, ausdrucklich verordnet hat, daß er nicht wolle, daß dise oder jene disem oder jenem vermachte Sach conferirt werde, so ist solche Verordnung zu halten, Krafft des ausdrucklichen Text in Novell. 18. cap. 6. vers. secundum quod. wo, nachdem der Kayser befiehlt, daß alles durch die Collation soll gleich gestellt werden, er beysetzt, wann nicht der Erblasser ausdrucklich beygesetzt hat, er woll die Collation nicht haben. Ist also in des Erblassers Gewalt, daß er die Collation verbietten kan, wann nur jedem Kind seine Noth-Gebühr ohnbekränckt verbleibt. Aber aus disem entspringt gleich eine andere.

6. Und die 6te Frag, ob nicht des Erblassers still-schweigender und præsumirter Will genug seye? Fachinæus macht einen Unterschied, ob solche præsumirte Verbiettung der Collation zur Einführung einer Gleichheit oder Ungleichheit abzihle. In dem ersten Fall vermeynt er, daß der præsumirte Will, genug seye, nicht aber in dem anderen Fall, aus Ursach, weilen die Gleichheit favorabl ist, auf welche, daß des Vatters Willen allzeit abzihle, darfür gehalten wird, wann nicht das Widerspiel mit andern standhafften und handgreifflichen Zeichen erwiesen wird. Macht ein Exempel aus dem Text des L. ex parte 39. §. intestato 1. ff. famil. hercis. wo Scævola sagt, wann der sterbende Erblasser in den Codicillen alle seine Grund-Stuck, und Mittel unter die Kinder vertheilet, also daß er weit mehr dem Sohn als der Tochter hinterlassen hat; Da seye gefragt worden, ob die Schwester dem Bruder das Heurath-Guth conferiren müsse? Und habe auf die Frag geantwortet, wann er nichts unvertheiltes hinterlassen hat, so wird besser gesagt, daß in Krafft des verstorbnen Willen das Heyrath-Guth nicht zu conferiren seye; Als wolte Scævola gleichsam sagen, obwohlen der Vatter wegen nachgelassner Heyrath-Guths Collation ausdrucklich nichts verordnet hat, weil er jedoch all anderes im Codicill vertheilet hat, ausser das Heyraths-Guth, welches sonsten conferirt, und gleichfalls vertheilt werden müsse, so wird darfür gehalten, daß er die Collation verbotten habe, absonderlich, weil die Tochter bey der Abtheilung in Codicill weniger empfangen hat, als der Bruder, und also des Vatters præsumirte Willen, daß das Heyrath-Guth nicht conferirt werden soll, zur Gleichheit abzihlt. Dann im Widerspiel, wann in diser Codicillar Abtheilung die Tochter mehr bekommen hätte, als ihr Bruder, kein Zweiffel ist, daß nicht Scævola wurde geantwortet haben, daß die Tochter um alle Ungleichheit zu verhinderen das Heyrath-Guth zu conferiren auf alle Weiß schuldig seye; Jene, welche glathin behaupten, daß die Collations-Schuldigkeit niemahlen für nachgelassen zu achten seye, wann nicht der Erblasser diß sonderheitlich befohlen hat, antworten auf erst allegirten Text recht ungeschickt, daß er vom alten Recht und also corrigirt worden seye, weilen die Correctio des Gesatz niemahl allegirt werden muß, wo die Gesatz gegeneinander zu vereinigen eine vernünfftige Ursach obhanden ist, welche in gegenwärthigen Casu anderen Rechts-Gelehrten so nachdrucklich vorkommen ist, daß sie glathin die Regul macheten, so offt ein Tochter bey der Vätterlichen Abtheilung eine geringere Erbs-Portion bekommt, als die Brüder, so offt zur Heyrath-Guths Collation nicht gehalten seye, es mag solches der Vatter ausdrucklich gesagt haben, oder solches zu sagen unterlassen haben, weil allzeit die Præsumption ist, daß er der Tochter einen ungleichen Theil zugelegt habe, nicht, daß unter den Kindern ein Ungleichheit seyn solte, sonder, daß das zuvor empfangne Heyrath-Guth von der Collation frey seyn soll, und eine Gleichheit eingeführt werde. Aretin in L. si emancipati col. 2. Cod. de collat. & vital. de collat. quæst. 33.

Die 7. Frag ist, ob auch ein fremder Erb, der mit denen Kindern eingesetzt worden, einen Theil von der conferirten Sach habe? Ich setze ein Exempel: Der Vatter hat einen Sohn und eine Tochter und zwar jedes in der Noth-Gebühr hinterlassen, und neben solchen einen fremden Erben in der gantzen übrigen Verlassenschafft eingesetzt, die Tochter aber hat in des Vatters Lebs-Zeiten schon ein standmässige Aussteurung erhalten, welche sie zu conferiren schuldig ist. Nun wird gefragt, ob dise Conferirung auch zum Nutzen des fremden eingesetzten Erben gereiche? Und wir antworten mit Nein, aus Ursach, weilen das Collations-Recht allein zu Favor deren eingeführt worden, welchen die Noth-Gebühr zustehet, damit die Gleichheit erhalten werde. Dem Fremden aber gebührt kein Legitima. Ist also das Heyrath-Guth unter dem Sohn und Tochter, das ist, unter dem Bruder und Schwester, mit Ausschluß des fremden Erben, allein zu vertheilen. Und diß hat auch Platz, wann der Fremde nur in etwas weniger eingesetzt worden, zum 7.

Exem-

Exempel nur in zwey Nutzen, wo die übrige 10. Nutzen unter dem Sohn und Tochter vertheilt seynd. Dann auch solchenfalls ist auch der Tochter Heyrath-Guth, welches sie bey Leben der Eltern bekommen, zu conferiren, nicht zwar zum Nutzen des fremden eingesetzten Erben, sonder allein zum Nutzen des Bruders, weil dißfalls das Gesatz die Gleichheit der Kinder in Betracht ziehet.

8. Die 8. Frag ist, ob die Collation nicht allein bey Erbnehmung aus einen Testament, sonder auch bey Erbnehmung ab inte-stato Platz habe? Die Ursach zu zweifflen ist, weil bey der Erbnahm ab intestato von der Noth-Gebühr nicht gehandlet wird, sonder alle Kinder so wohl Männlichen als Weiblichen Geschlechts, die im Vätterlichen Gewalt, oder emancipirt seynd, erst oder weiteren Grads aus eignen, und Repræsentations-Recht, wie kurtz zu vor errinnert worden, zu gleichen Theilen zur Erbschafft beruffen werden. Weil nun unser Art. allein jenen, denen die Noth-Gebühr zu stehet, die Collation ausbürdet, so scheint, daß er allein von der Erbnahm ex Testamento handle; aber so wohl dem gemeinen als unsern Land-Recht nach ist gewiß, daß die Collation Platz habe, es mag einer mit oder ohne Testament absterben, die Wort der Novell. 18. cap. 8. demonstriren, daß vor Altem ein grösserer Zweiffel gewesen, ob bey der Erbnahm ex Testamento die Collation Platz habe, als bey der Erbnahm ab in-testato, und doch wird alldort der Schluß gemacht, daß, es mag einer mit oder ohne Testament absterben, in allweg die Collation und Gleichheit Platz habe. Der Kayser setzt die Ursach bey, weil ungewiß ist, daß er nicht dessen, was gegeben worden, wegen der Todts Angst vergessen habe. Als wolte der Kayser gleichsam sagen, daß der Vatter, er mag mit oder ohne Testament sterben, auf jenes nicht gedencke, was er villeicht ein oder anderen Sohn im Leben gegeben habe. Ist also billig, daß in beyden Fällen die Collation Platz habe, damit die Gleichheit erhalten werde. Mit disem stimmt ein unser Art. welcher das Einwerffen oder Stillziehen erfordert, es habe gleich der Erblasser ein Testament gemacht, oder nicht. Aber auch deßwegen entspringt

9. Die 9. Frag, ob auch die Collation geschehen müsse, wann einer aus den Söhnen in Krafft des Testaments, und der andere ab intestato erbt, welches zwar selten geschicht, weil ein Testament rechtmässig theils giltig, und theils ungiltig nicht seyn kan. Weilen jedoch in L. pater filium 6. ff. de collat. dot. ein Casus gesetzt wird, in welchem das Testament zum theil gilt, und zum theil umgestossen wird, so kan man billig fragen, ob in solchen Fall und ungleicher Erbnahm die Collation Platz greiffen könne? Gewiß der bemelte Text sagt Nein, dann sihe, der Casus ist diser, daß der Vatter den Sohn für seinen Erben eingesetzt, die Tochter aber enterbt habe, welche nach angestelter Querela inofficiosi Testamenti des Vatters Testament umgestossen hat, also daß der Sohn die halbe Erbschafft Krafft des Testaments, die Tochter aber die andere Helffte ab intestato bekommete, nun wurde gefragt, ob der Bruder, was er zuvor vom Vatter erhalten hat, da er noch lebete, conferiren müsse? Und der Text antwortet, der Bruder seye nicht schuldig die eigne Güther zu conferiren. Aus welchem Hunnius ad Treutlerum den Schluß macht, weil dises Gesatz nicht corrigirter zu finden, daß solches folglich noch in Kräfften stehen müsse. Andere aber behaupten das Widerspiel, wie zu sehen ist bey And. Fachin. lib. 5. cap. 79. und bey Ant. Perez ad h. t. Cod. n. 8. und unsers Erachtens gantz recht, weil bemelter Text vom emancipirten Sohn redet, welcher vor Altem nicht gehalten ware mit denen in Vätterlichen Gewalt stehenden Kindern zu conferiren. Weilen aber dem heutigen Recht nach so wohl das emancipirte dem in Vätterlichen Gewalt stehenden, als auch diser dem emancipirt conferirt, und hauptsächlich in unsern Art. nur auf diß gesehen wird, ob von solchen Persohnen gehandlet werde, denen die Noth-Gebühr zustehet, und keines wegs widersprochen werden kan, daß nicht, nachdem des Vatters Testament durch die Querelam inofficiosi Testameti umgestossen worden, die Tochter ein solche Persohn seye, der die Noth-Gebühr zustehet, deßwegen sagen wir ohne Anstand, daß die Collation Platz haben müsse. Dann wann die Collation allein zur Erbnahm ex Testament, oder zur Erbnahm ab intestato gehöret, warum soll sie nicht auch zur mixtirten Erbnahm gehörig seyn, welche theils ex Testamento und theils ab intestato geschicht? Dise Meynung bestättiget der Text in L. si filius de collat. bon. wo der Vatter seinen Sohn als Erben eingesetzt, den emancipirten aber umgangen hat, welcher wider das Testament die Petitionem hæreditatis angestellt hat; nun wird gefragt, ob er mit dem in Vätterlichen Gewalt stehenden Sohn, der in Krafft des Testaments die Erbschafft angetretten hat, conferiren müsse? Und Scævola antwortet mit Ja, aus wel-

them folgt, daß des Bartholi Meynung ad dict. L. wahr seye, wo er sagt: Bey jenen, welche ab intestato, und ex Testamento erben, die Collatio Platz habe. Es ligt auch nichts daran, ob die Collation, wie die Glossa supermarginalis sub lit B. alldort haben will, aus Billigkeit zustehe, welche die Remedia prætoria meistens nach sich ziehen, oder von Rechts-wegen Platz habe, weil diß der Sachen Substanz nicht endert, sonder allzeit wahr bleibet, daß der Unterschied der Erbnahm der Collation nicht antgegen seye, und diß absonderlich nach Innhalt unsers Art. welcher zur Collation nur diß erfordert, daß die Erben solche Persohnen seyen, denen die Noth-Gebühr zustehet, sie mögen ex Testamento, oder ab intestato erben, aber, nachdeme der Unterschied unter denen emancipirten, und die noch in Vätterlichen Gewalt seynd, aufgehoben wird, gebührt dem heutigen Recht nach beyden die Noth-Gebühr, müssen also auch beyde conferiren. Wir haben schon oben bey Anfang dises Tituls gesagt, daß alle Kinder Mannlichen und Weiblichen Geschlechts, was Stands und Würde sie seynd, als Erben eingesetzt werden müssen, bey Straff der Nullität des Testaments, wann wir also den Casum erst bemelten Gesatzes widerhollen, und sagen, der Vatter habe zwey Söhn gehabt, deren einer in Vätterlichen Gewalt stunde, welchen er im Testament als Erben eingesetzt, der ander aber emancipirt ware, welchen er umgangen hat, dem heutigen Recht nach kan der emancipirte Krafft des 1. Art. eben so wohl das Testament annulliren, als wie der in Vätterlichen Gewalt stehende Sohn, wann er umgangen worden wäre, also das selbes als nichtig gantz zerfallet, und die Erbschafft ab intestato beyden Söhnen zufallet, auch nicht mehr gesagt werden kan, daß der Unterschied der Erbnehmung die Collatio verhinderen könne. Und diß ist genug, was die zum Conferiren verbundene Persohnen betreffen thut.

10. Jetzt ist die 10. Frag, was für Sachen conferirt werden müssen? Und unser Art. antwortet, all jenes müsse conferirt werden, was dem gemeinen Recht nach, und Vermög des 10. Art. dises Tituls in die Noth-Gebühr verrechnet werden muß, welche auch bequehmiget der Text in L. penult. Cod. de collat. welche Regul doch nach Lehr des Perezii nicht also genommen werden muß, daß eine Sach in eben einem Casu zugleich in die Noth-Gebühr eingerechnet und conferirt werden könne. Dann diß geschieht in einer anderen Gattung oder Erbnehmung, und zwar die Einrechnung in die Noth-Gebühr, wann man ex Testamento, die Conferirung aber, wann man ohne Testament ab intestato erbt. So ist diß also zu nemmen, daß, was nach errichten Testament um selbes zu behandheben in die Noth-Gebühr verrechnet wird, solches auch conferirt werden müsse, wo ab intestato die Collation Platz findet.

Man wird sagen, daß auch dise Regul insgemein nicht wahr seye, dann sihe unser 10. Art. hat ausdrucklich in sich, daß, alles, was die Kinder in Krafft der Eltern letzten Willen, entweders Erbsatzungs-Weiß, oder als ein Legat bekommen, in die Noth-Gebühr verrechnet werden müsse. Aber die Text in L. à patre 10. L. filiæ 12. L. filiam 16. Cod. de Collat. sagen ausdrucklich, daß jenes, was einem oder dem andern aus den Kindern, so ab intestato erben, in Codicill vermacht worden, nicht zu conferiren seye. Hierauf antworten wir, frey bekennend, daß diß eine merckwürdige Exception seye, weil dem Sprichwort nach selten eine Regul ohne Exception ist, aber was ist die Ursach dessen? Perezius sagt, es seye die gemeine Auflösung, daß jenes, was im Leben des Vatters geschenckt worden, conferirt werden müsse, nicht aber jenes, was durch letzten Willen gegeben worden; Fürwahr aber dise Ursach ist nicht genug, weilen durch diß resolvirt wird, was in der Frag ist, dann um eben diß ist die Frag, warum die in Codicillen beschehne Vermächtnussen in die Noth-Gebühr verrechnet, nicht aber conferirt werden müssen? Wann wir sagen, diß geschehe wegen anderer Arth der Erbnehmung, weil die Verrechnung der Noth-Gebühr allein geschieht, wann man ex Testamento erbt, die Collation aber, wann man ohne Testament ab intestat erbt; So stehet wider im Weeg, daß, wie wir kurtz zu vor gesagt haben, die zerschidene Arth zu erben die Collation nicht hinderen könne. Man wird weiters entgegen setzen, daß von darummen die in Codicillen beschehne Vermächtnussen der Collation nicht unterworffen seyen, weilen solche vom Vatter in seinen Lebs Zeiten nicht erlangt werden, sonder erst nach dessen Tod, und also der Collation unterworffen seyn: Wir sagen, daß dise Antwort mit der ersten einschlage, und die Auflösung durch jenes gemacht werde, um was die Frag ist. Dan eben jens wird untersucht, warum die in Codicillen beschehne Vermächtnussen nach des Vatters Todt in die Noth-Gebühr verrechnet, nicht aber conferirt

ferirt werden müssen? Wir vermeynen, diß seye die Ursach des Unterschieds, weil der Vatter erachtet wird, daß er im letzten Willen unter den Kinderen eine Gleichheit erhalten wolle, und also alles, so durch letzten Willen vermacht worden, in die Noth-Gebühr verrechnet werden müsse. Wir haben ein Exempel in Art. 8. Tit. 34. wo des Vatters Abtheilung unter den Kindern, wann sie schon ungleich gemacht worden, gehalten werden muß, wann nur kein Kind an der Noth-Gebühr beschädiget wird. Wann aber eines an der Noth-Gebühr beschädiget wird, müssen die übrige ihnen so vil abziehen lassen, so vil zu Ergäntzung der Noth-Gebühr erforderlich und nöthig ist. Wann aber der Vatter sein gantzes Vermögen seinen Kindern ohne Testament zum Abtheilen hinterlaßt, und nichts destoweniger, welches gar offt geschieht, ein Codicill hinterlaßt zum Trost seiner Seel, und einem Kind wegen besonderer Zuneigung ein Legat vermacht, so wird erachtet, er habe solches von der Collation ausnehmen wollen. Es irren also jene glathin, welche vermeynen, daß dessen, um dessen Erbschafft gehandlet wird, allzeit der ausdruckliche Willen erfordert werde, wann er die Sach von der Einrechnung in die Noth-Gebühr, oder Collation frey hat haben wollen.

Wann man einwendet, daß Krafft der Novell. 18. cap. 3. die Einrechnung in die Noth-Gebühr, und die Collation in beyden Fall, wann man ex Testamento, oder ab intestato erbt, allzeit nothwendig seye, wann nicht des Vatter ausdrucklicher Consens obhanden ist. So antworten wir, daß aus denen Gesatzen, die wir angeführt haben, das Widerspihl erhelle, weil fürwahr aus keinem anderen Fundament, als des Vatters stillschweigenden Consens und Willen hergeführt werden kan, daß er das einem aus den Kinderer ab intestato vermachte Legat von der Collation habe befreyen wollen. Dann wie ungeschickt wäre es, wann man sagte, es seye des Vatters Absehen gewesen, daß jener aus den Kinderen, der mit einem Legat beehrt worden, solches alsogleich um unter die Kinder auszutheilen conferiren müsse, weil diß nöthig gewest wäre, wann kein Codicillar Disposition verhanden gewest sein wurde? Mit einem Wort sagen wir, es gebete der Vatter durch die Codicillar Disposition mit einer Hand, was er mit der anderen Hand durch die Conferirung nennete. Dann es schertzen jene, welche dem Wort ausdrucklich der Novell 18. solchen Gewalt und Krafft zu setzen, daß sie allen stillschweigenden obwohlen mit kräfftigen Conjuncturen bestettigten Willen ausschliessen. Nun zu kommen

Auf die 11. Frag von particular Sachen: Werden wir aus jenem, was wir bey dem 10. Art. gesagt haben, aneinander in kurtzen Begriff widerhollen, daß das Heyrath-Guth, die Widerlag, und Morgen-Gab, sie mögen von den Eltern, oder anderen Auffsteigenden gegeben worden seyn, auf solche Weiß conferirt werden müssen, wie sie in die Noth-Gebührs Verrechnung müssen gebracht werden! 2. daß eine einem Kind von den Eltern zum Gebrauch gegebne als den Eltern eigenthumliche Sach allzeit conferirt werden müsse: 3. Daß der Eltern Auslagen für die Kinder, zu Beyschaffung der Waffen zum Krieg, zum Studiren, zu Beyschaffung der Bücher, zu Erhaltung der heiligen Weyhungen, und dergleichen, welche Kösten der Vatter mehr aus Noth und Schuldigkeit, als aus Freygebigkeit macht, nicht in die Berechnung der Noth-Gebühr kommen, also auch nicht zu conferiren seyen: Und vil anderes dergleichen, wovon der 10. Art. weiters handlet. Wir setzen hier etwas besonders, so gemein und gleichsam täglich fürfallet bey. 12.

Und sagen 12. was das Heurath-Guth, und die Widerlag betrifft, weiters der Zweiffel übrig seye, ob die Hochzeit-Kösten bey Ausheurathung der Kinder auch conferirt werden müssen, wie das Heyrath-Guth und die Widerlag? Die Ursach zu zweifflen ist, weil anscheint, daß dise Hochzeit Kösten ein Abhang seyen vom Heyrath-Guth, oder der Widerlag; Wann also das Heyrath-Guth oder die Widerlag conferirt werden muß, so scheint, daß noch mehr solcher Anhang der Hochzeit-Kösten zu conferiren seyen. Gail. 2. obs. 91. Wir aber haben niemahlen gesehen, daß solche Kösten conferirt worden, obwohlen sie groß genug gewesen, gleichwie vor denen Kriegs-Zeiten bey denen Adelichen der Brauch gewesen, daß die Eltern bey Ausheurathung ihrer Kinder für die herrliche Mahlzeiten, und Musiquen nicht ein sonder mehrer 1000. fl. verwendet haben: Und diß unsers Erachtens in Conformität des gemeinen Rechts, dann wie können solche unnutzliche Kösten dem Heyrath-Guth oder der Widerlag gleich gehalten werden, weil das Heyrath-Guth zu Bestreittung der ehelichen Bürden, die Widerlag aber zur Sicherheit des Heyrath-Guths gegeben wird? Deren keines dise überflüssige Kösten, sonder vilmehr das Widerspiehl præstiren, weil sie die eheliche Beschwerde vil mehr vermehren, 13.

ren, und das Heyrath-Guth der Gefahr aussetzen, als versicheren. Müssen also die Eltern ihnen selbsten beymessen, wann sie zu ihren Pomp und Ehr wo nicht verschwenderisch wenigist gar zu freygebig zum Schaden der Kinder gewesen; Eben diß ist zu sagen, von denen Mahlzeiten-Kösten so bey der Stul-Feste oder am guldenen Tag verwendet zu werden pflegen, weil gleiche wo nicht grössere Ursach obwaltet: Dann des Collations-Rechts Würckung ist, daß der Sohn, oder die Tochter jenes conferiren müssen, was sie von den Elteren empfangen haben. Was aber bekommt der Sohn oder die Tochter durch dergleichen Kösten, so sie conferiren sollen? Ja sie verliehren vilmehr ein nahmhafftes von der Eltern Erbschafft, weil sie wegen denen Hochzeit-Kösten grosse Schulden machen, und also in so saurn Apfel beissen, daß nach deren Tod der Kinderen Zähn noch verschlagen seynd, da sie die Schulden zahlen müssen. Was von denen Kleydern, und messigen Geschmuck zu sagen seye, das haben wir schon oben bey dem 11. Art ausgelegt. Gewiß wir lassen lieber zu, daß dise conferirt werden sollen, weilen die Braut-Persohnen solche von den Eltern in der That empfangen, und nicht widersprochen werden kan, daß nicht die Kleyder und Geschmuck einen Theil des Heyrath-Guths ausmachen.

14. Die 13. Frag ist, weil sich offt zutragt, daß die Adeliche Persohnen ihren sich verheyrathenden Söhnen einen jährlichen Beytrag zu besserem Unterhalt versprechen, und so lang sie leben solchen geben, ob solch jährlicher beytrag nach der Eltern Tod zu conferiren seye? Und wir antworten, die Collation habe nicht Platz: Aus Ursach, weilen wir præsupponiren, daß solche jährlicher Beytrag zum bessern Unterhalt des Sohns, und seiner Hauß-Frau versprochen worden seye, weilen nun diß dem Vätterlichen Amt obliget, daß er seinem Sohn den nothwendigen Unterhalt verschaffe, und selben zu Ubertragung der ehelichen Beschwerden fähig mache, deßwegen hat die Collation nicht Platz, weil es in der That eine Schanck wegen seiner Ursach ist, welche nach gemeiner Meynung der DD. der Collation nicht unterworffen ist.

15. Die 14. Frag ist wegen der auf das Studiren verwendten Kösten, wann der Sohn Bona adventitia gehabt hat, welche unter des Vatters Verpflegungen waren, und der Vatter dem Sohn zum Studiren freygebig die Mittel gereicht hat, ohne Vermeldung, ob er die Gelder von dem Seinigen, oder von des Sohns Peculio adventitio nemme, ob solche zu conferiren seyn oder nicht? Und wir vermeynen, daß Krafft des 10. Art. dises Tituls gewiß seye, daß vor allem jenes nicht zu conferiren seye, was der Sohn, wann er zu Hauß beym Vatter verbliben wäre, verzehrt haben wurde. Aus Ursach, weilen der Vatter den Sohn aus eignen Vätterlichen Mittlen unterhalten muß. Ist also allein wegen des Uberrests die Frag übrig, was mehrers auf den studirenden Sohn verwendet worden, als was sein ordinari Unterhalt zu Hauß ausgemacht hätte? Und wir antworten, wann der Vatter solchen Uberfluß nicht ausdrucklich aufgeschrieben, noch sonst ausdrucklich verordnet hat, daß solches dem Sohn an seinen bonis adventitiis abgezogen werden soll, daß darfür gehalten werde, der Vatter habe solches aus Vätterlicher Lieb gethan, Krafft des Text in L. quæ pater filio 50. ff. fam. hercisc. wo gesagt wird: Was der Vatter dem emancipirten Sohn zum Studiren gegeben, wann nicht probirt wird, daß der Vatter dem Sohn das Geld nur credidirt hab, das kan ihm an der Vätterlichen Erbschafft nicht abgezogen werden. Aus welchem wir schliessen, daß, wann die Collation nicht Platz hat, auch solche Kösten dem Sohn von seinen Bonis adventitiis nicht abzuziehen seyen, weil anscheint, der Vatter habe solchen Uberfluß der Unterhaltung aus purer Freygebigkeit beygelegt, und geschenckt, welches klar genug aus den Worten dict. L. abzunemmen ist, weil der Text die Prob des Vätterlichen widrigen Willens erfordert, in Ermanglung dessen das Gesatz præsumirt, daß solche Freygebigkeit aus purer Vätterlichen Lieb und ohne des Sohns Schaden geschehen seye.

Was die Studier-Bücher betrifft, haben wir bey dem 10. Art. gesagt, daß die deßwegen vom Vatter ausgelegte Kösten in die Noth-Gebühr nicht zu verrechnen, folglich auch nicht zu conferiren seyen, diß aber ist allein zu verstehen von gemeinen Schul-Büchern, welche gemeyniglich mit dem Studiren darauf gehen, dann, wann der Vatter eine schöne Bibliothec hat, woraus er dem Sohn als Studenten, oder auch nach vollendten Studien zum Advociren, oder zu Versehung eines Amts mehr oder weniger gibt, dise müssen conferirt werden, und gehören zu den Worten dict. Art. 10. Was zu einem Gebrauch gegeben worden, das solle conferirt werden. Welches auch von denen Waffen und Pferden, so denen Soldaten gegeben werden, also zu verstehen ist, weil unbillig wäre, daß der in Krieg gehende Sohn villeicht des Vatters Pferd und Waffen consumirte, und

seinen

seinen übrigen Brüdern und Schwestern nichts conferiren wolte. Wird also jenes, was von Büchern und Waffen gesagt worden, allein von nothwendigen Büchern und Waffen, und nicht von denen übrigen verstanden, welche nur geliehen werden.

16. Die 15. Frag ist, ob die Kösten, welche der Vatter dem Sohn, um die Länder zu besuchen gibt, und verwendet, conferirt werden müssen oder nicht? Nicht gar lang haben wir ein Testament gesehen, in welchem der Vatter ausdrucklich verordnet hat, daß die Söhn die Studir-Kösten, welche er fleissig aufgeschrieben hat, conferiren sollen, die Kösten aber, welche er zu Besuchung fremder Länder hergegeben, hat er von der Collation enthoben. Welche vilen für frembd und ὕστερον πρότερον vorkommen, weil die Studir-Kösten zu Erlehrnung guter Künsten ja nutzlich und erspießlich, die Reiß-Kösten hingegen meistens mehr schädlich seynd, indeme die Söhn nichts als üble Sitten erlehrnen, und nach Hauß bringen. Wir haben geantwortet, der Will des Vatter müsse erfüllet werden, dann, was die Studir-Kösten belangt, verordnet unser 10. Art. ausdrucklich, daß der Vatter solche als eine Schuld ansetzen könne, und obwohlen er zu Præstirung der Reiß-Kösten nicht verbunden gewesen, so stehet doch in seinen freyen Willen, solche von der Collation zu befreyen, absonderlich wann der Sohn die Reiß wohl anwendet, und die erlehrnte Sprachen und andere Erfahrenheiten und Künsten mit sich zuruck bringt. Was ist Rechtens, wann der Vatter in Lebs-Zeiten seinen Willen nicht erklärt hat? Wir vermeynen, man müsse sich des Unterschieds, welchen wir kurtz zu vor gemacht haben, bedienen, daß nemlich der Sohn jenes conferiren müsse, was er auf der Reiß mehrers verzehrt hat, als er verzehrt hätte, wann er zu Hauß beym Vatter verbliben wäre. Dann der Vatter ist um die Unterhaltungs-Kösten Vätterlichen Amts halben verbunden, um den Uberfluß, so die Reiß verursacht hat, ist er nicht gehalten. Damit nun unter den Kindern eine Gleichheit gehalten werde, so wird darfür gehalten, daß der Vatter nicht aus Freygebigkeit, und umsonst, sonder in dem Absehen solche Gelder gegeben habe, daß solche seiner Zeit conferirt werden müssen. Welcher Unterschied anscheinet, dict. Art. 10. conform zu seyn, Krafft der Wort: **Dann in solchem Fall, würdet so vil in die Noth-Gebührnuß gerechnet, als vil auf ein Kind mehrs in der Fremde gewendt worden, als da es zu Hauß gewesen wäre.** Was immer andere zum Widerspiel sagen, welche wollen, daß solche Kösten völlig zu halten seyen, als hätte solche der Vatter aus purer Freygebigkeit und Liebe umsonst hergegeben.

17. Die 16. Frag ist, weil gemeiniglich für eine Regul gesetzt wird, daß von denen Söhnen allein die bona Profectitia, und nicht die Adventitia conferirt werden müssen, weil solche die Söhn vom Vatter nicht haben, was also zu sagen seye, wann der Sohn mit des Vatters Güthern gehandlet, und mit seinen Fleiß und Mühe viles gewonnen hat, ob er den Gewinn conferiren müsse? Und wir antworten, weil diß Geld, womit der Sohn gewinnt, ein Peculium profectitium ist, daß solches ohne allen Zweiffel mit samt dem Gewinn conferirt werden müsse, welcher mehr dem Vatter als dem Sohn gewonnen worden. Unterdessen wollen die DD. daß man auf den Fleiß sehen müsse, welchen der Sohn beym Handlen angewendet hat, welcher zu schätzen ist, und in so weit, als solcher geschätzt wird, Bonum Adventitium zu halten ist, daß solcher so dann nicht der Collation unterworffen seyn kan, wann nicht villeicht einer noch unter den Vätterlichen Gewalt stehet, und Krafft solchen Gewalts dem Recht nach dem Vatter arbeithen muß. Graff §. legitima. quæst. 31. Und Perez ad tit. Cod. de collat. n. 18. wo er sagt, wann der Sohn mit des Vatters Geld gehandlet, und damit durch seinen Fleiß etwas gewunnen hat, der bekommt einen Theil, welchen nach Lands-Gewohnheit ein Handels-Bedienter bekommen hätte, als ein Bonum Adventitium, nach Ermässigung des Sohns gehabten Fleiß, ob solcher solchen Gewinns wirdig seye, fürwahr, wann der Sohn ein Verpfleger der Vätterlichen Güther wäre, und er deßwegen durch seinen Fleiß etwas gewunnen hat, so ist solches als ein bonum Adventitium nicht zu conferiren, sonder fallt dem Sohn allein als ein Lohn zu, jedoch nach Richterlichen Ermässigung; Wo er auch citirt den Gomez ad L. 29. Tauri n. 24.

18. Die 17. Frag ist, über jenes, was wir bey dem 10. Art. von Schanckungen gesagt haben, und der Art. ausdrucklich in sich enthaltet, daß die Wider-Vergeltungs Schanckung nicht zu conferiren seye, was gesagt werden müsse, wann die Kinder gleiche Verdienst prætendiren, wie dann dise Exception bey den Abtheilungen fast täglich vorkommt (weil ein jedes aus den Kinderen ihme einbildet, dem Vatter weißt nicht wie gehaust zu haben) und keiner dem andern an Verdiensten weichen will? Was immer die Theologi in diser Quæstion darfür halten, so sagen wir doch,

doch, man müsse bey des Vatters Verordnung verbleiben, und auf der Kinder Einbildungen keine Acht geben; Dann wann der Vatter einem aus den Kindern frey etwas schencken kan, mit der Condition, daß es solches zu conferiren nicht schuldig, warum solle er nicht eine Ursach anführen können, warum er diß thue, nemlich disen oder jenen Verdienst? Wann die übrige antworten, sie haben eben solche Verdienst gemacht, oder grössere, so werden wir antworten, daß solche der Vatter nicht approbirt habe. Es ist aber kein wahrhaffteres Gericht, als welches der Vatter von der Beschenckung der Kinder macht.

19. Letztlich fragen mehr die zweiffelhafftige und scrupulosi Theologi, als Juristen, mit was für einer Action jener, der aus den Kindern nicht conferiren will, anzuhalten seye? Dann, weilen die Berechnung in die Noth-Gebühr, und die Collation zu keinem andern Zihl und End, als unter den Kindern die Gleichheit zu erhalten, erfunden worden, kan niemand, der die Recht nur obenhin verstehet, zweifflen, daß nicht diß geschehen müsse durch das Judicium familiæ herciscundæ, welches wann einer verwerffen will, nichts als seinen Unverstandt und Unwissenheit in Rechten offentlich an Tag legt, wie offentliche Text verhanden seynd vom Heyrath-Guth und der Widerlag in L. ult. Cod. com. utr. Jud. und von dem Peculio profectitio in L. si filius-fam. 4. & L. certum est 13. Cod. fam. hercis. welches also zu verstehen ist, wann unter denen Erben die allgemeine Abtheilung verlangt wird, in welche ausser allen Zweiffel auch das Heyrath-Guth, und die Widerlag, und das Peculium profectitium, und was immer der Collation unterworffen zu seyn, wir bißhero gesagt haben, gezogen werden kan. Wann aber die allgemeine Abtheilung rechtmässig geschehen, und vollbracht worden ist, und hernach in Erfahrung gebracht worden ist, daß einer aus den Erben eine particular Sach aus der Erbschafft besitze, welche der Collation unterworffen ist, so hat die Actio familiæ herciscundæ nicht Platz, sonder es können die übrige Erben Actione communi dividundo klagen, L. 20. §. 4. ff. famil. hercis. obwohlen ich nicht widersprich, daß die Conditio ex lege Platz habe, auf welche aber zu verfallen nicht nöthig ist, so lang bekannt ist, daß eine andere und ordinari Actio übrig seye.

Der fünffzehende Articul.

Nachdeme bey den Baurs-Leuthen auf dem Land ein böser Mißbrauch eingerissen, wann ein Vatter den ersten Sohn Tochter ausheyrath, daß er mit dem Heyrath-Guth, und anderer Ausfertigung, ein solche Ubermaß braucht, daß alsdann die andere Kinder, nicht allein keinen gleichen Theil, sonder auch so gar ihr Noth-Gebührnuß nicht bekommen mögen, derhalben sollen fürterhin die Obrigkeiten die Elteren ermahnen, daß sie kein Ubermaß hierinn gebrauchen, noch ihnen selbs, den anderen Kinderen zu Nachtheil und Schaden zu vil auflägen wöllen. Geschehe aber, daß durch solch übermässiges Heyrath-Guth und Aussteurung, die andere Kinder, von ihres Vatters, oder (da nemlich die Mutter die Ubermaß von dem Ihrigen gebraucht hätte) von ihrer Mutter Guth, darein solch Heyrath-Guth auch gerechnet werden solle, ihr Noth Gebührnuß nicht kunten haben, soll das jenige Geschwistergit, welches gehörter massen zuvil empfangen den anderen so vil wider heraus geben, daß dieselbige aufs wenigist ihr Noth-Gebührnuß gehaben mögen, wann gleich die ersten Kinder ihrer Eltern Erbschafft nicht wolten antretten. Doch soll in Ermässigung, und Verrechnung der Ubermaß die Zeit der Ausheyrathungen angesehen werden, nehmlichen wie damahlen das Vermögen der Elteren, die ihre Kinder also ausgesteurt haben, beschaffen gewesen.

Sum-

Summaria.

1. und 3. Ob auch bey gemeinen Leuthen unter denen Kinderen eine Gleichheit durch die *collation* zu beobachten seye?
2. Ob der Baurn Kinder nothwendig in der Noth-Gebühr als Erben eingesetzt, oder enterbt werden müssen?
4. Ob der Richter bey Ermässigung des *Excess*, so bey Ausheyrathung der Kinder geschicht, die Zeit der Ausheyrathung anzusehen seye?

In dem gantzen gegenwärthigen Titul wird viles gehandlet von der Gleichstellung der Kinder, obwohlen nicht von der Arithmetischen, wenigist Geometrischen Gleichhaltung. Und deßwegen haben wir sehr viles von der Nothwendigkeit die Kinder als Erben einzusetzen, und Hinterlassung deren Noth-Gebührnuß, von Berechnung der Noth-Gebühr, von der Collation, und dergleichen; Dahero dann hat der Durchleuchtigiste Gesatz-Geber für nöthig erachtet, zu
1. End dises Tituls auch einen Art. von gemeinen und Baurs-Leuthen beyzusetzen, deren Einbildung ist, daß die Gesatz wegen der Noth-Gebühr, und Gleichhaltung der Kinder sie nichts angehen; Ich kan heilig sagen, unter der Baurn-Kinder so ungleiche Ehen gesehen zu haben, daß mich höchstens verwundert habe, daß solche doch unter ihnen so heilig gehalten worden, als wann sie darauf geschwohren hätten. Dann sihe, einer aus meinen Baurn hat 8. Kinder erzeigt, und 5. aus den ersteren (weilen bekanter Dingen das Unkraut geschwinder wachset) waren Weiblichen Geschlechts, deren jedem er bey der Ausheyrathung 800. fl. par Geld zu Heyrath-Guth neben anderen Hochzeit-Kösten gegeben hat, also daß nach der Hand er deren letzteren seinen Kinderen einem mehr nicht als 300. fl. und dem letzten kaum 200. fl. zum Heyrath-Guth hat geben können. Disen Mißbrauch thut unser Art. corrigiren, und verordnen, daß die gemeine und Baurs-Leuth nicht berechtiget seyen, durch Ausheyrathung ein oder des anderen Sohns oder Tochter die übrige Kinder an ihrer Noth-Gebührnuß zu verkürtzen, und deßwegen wird denen Richtern aufgetragen, die Unterthanen zu erinneren, damit sie nicht sich selbsten wegen denen Heyrath-Güthern, und Hochzeit-Kösten ihrer Kindern zu sehr beladen, daß denen übrigen ihr Noth-Gebühr nicht gebreche. Aber fürwahr solche Ermahnung ist nirgend im Brauch, ich hab auch in all meinen Hoff-Marchen, auch in benachbarten Orten niemahlen gesehen, daß unter solchen gemeinen Leuthen zur Gleichheit durch die Collation provocirt worden seye, das gemeine Sprich-Wort ist: Ich hab mein Ausfertigung empfangen: Begehre nichts mehr, Es mag denen übrigen etwas oder nichts übrig seyn. Unterdessen ist unser Art. klar, daß die Kinder, welche durch überflüssige Aussteurung die übrige um ihr Noth-Gebühr gebracht haben, zu Ersetzung derselben schuldig seyen, ausdeme, was sie zu vor empfangen haben.

Und diß extendirt unser Art. nicht allein auf den Vatter, sonder auch die Mutter der gemeinen Kinderen, nemlich was das Heyrath-Guth der Mutter betrifft, dann wann man setzt, eine Bayrin habe ein auf dem Hoff versichertes Heyrath-Guth à 300. fl. dise kan solche 300. allein aus denen Kinderen nicht anhencken, sondern muß denen übrigen entweders ein Drittel oder die Helffte nach Anzahl der Kinder zur Noth-Gebühr lassen, welches wann sie nicht thut, ist ihre Verordnung nichtig.

Eine höhere Frag ist, ob wir wegen disen Art. bey Verlassung der Noth-Gebühr all jene Stuck beobachten müssen, wovon wir schon in vorgehenden gered haben. 2.
Zum Exempel daß die Baurn und gemeine Kinder in der Noth-Gebühr als Erben müssen eingesetzt, oder enterbt werden, ob, wann ein Kind als ein Erb eingesetzt worden, die übrige können enterbt werden, ob ihnen das Recht das Testament zu annulliren zustehe, oder die Querelam inofficiosi Testamenti und dergleichen gebühre? Die Ursach zu zweifflen ist, weil unser Art. glathin verordnet, daß denen Kinderen von schlechten Leuthen, welche an ihrer Noth-Gebühr beschädiget seynd, allein das Remedium in Supplementum zustehe, das ist, daß die andere geschwistrigte so vil heraus geben, daß dieselbe aufs wenigist ihr Noth-Gebührnuß haben mögen. Es scheint also, daß der Art. lediglich auf keine Subtilitäten der Rechten sehe, welche von Einsetzung der Erben, deren Enterbung, oder Umgehung in vorgehenden erzehlt worden, weil solche die gemeine Leuth nicht begreiffen? Hierauff antworten wir, daß unser Art. allein von jenen rede, was von gemeinen Leuthen ihren Kindern in Lebs-Zeiten gegeben wird, nicht was durch einen letzten Willen gegeben wird. Dahero wir vermeynen gewiß zu seyn, daß, wann ein Baur ein Testament macht, wie einige gemacht zu haben wir uns erinneren, er seine Kinder als Erben einsetzen, oder enterben, sie auch ohne Nullität des Testaments nicht umgehen könne. Aus Ursach, weilen in disem Art. nichts widriges gefunden wird.

In disem allein haben wir einen grossen Anstand, ob jenes, was gemeine und Baurs-Leuth vor ihren Elteren zur Aussteur bekommen, völlig conferiren müssen, oder nur zur Noth-Gebühr der übrigen

Brüder oder Schwesteren? Wir setzen einen Casum, welcher uns auf unsern Hoff begegnet, wo ein Baur 8. Kinder hinterlassen, deren 5. würcklich er ausgeheyrathet, und jedem 800 fl. Heyrath-Guth gegeben hat, hernach hat er dem 6ten Sohn seinen Baurn-Hoff in Lebs-Zeiten um 1400. fl. mit dem Geding übergeben, daß er auch zur Widerlag 800. fl. zum voraus haben, die übrige 600. fl. aber dem Vatter in gewissen Fristen bezahlen solle. In disem Casu zwar erhaltet der 6te Sohn mit denen übrigen ausgeheyratheten Schwestern einen gleichen Theil, weilen aber noch einer aus den Söhnen, und eine aus den Töchtern noch ohnausgeheyrath verhandẽ seynd, welchen auch der Vatter für das Heyrath-Guth, und respectivè Widerlag nicht mehr so vil hat geben können, als vil die übrige bekommen haben; So wurde gefragt, ob von allen das Empfangene also conferirt werden müsse, biß alle Kinder untereinander gleich gestellt werden? Welches uns billig zu seyn vorkommen, weil die Natur der Collation ist, daß unter den Kinderen eine Gleichheit in den Erbs-Portionen gehalten werde, welche nicht mehr hat gehalten werden können, weil in der That denen übrigen noch nicht ausgesteurten 2. Kindern mehr nicht als 600. fl. und zwar erst seiner Zeit nach dem Tod der Eltern zum vertheilen übrig seynd, wir hätten alle obwohlen sehr widerspenstige mit Obrigkeitlichen Authorität zum conferiren angehalten, wann nicht die Eltern sich darein gelegt hätten, dann weilen die Eltern selbsten nicht haben wollen, daß ihren schon ausgesteurten Kinderen etwas mehr abgehen solle, und den Eltern noch so vil überbleibete, daß denen übrigen 2. Kindern wenigist ihre Noth-Gebühr noch in salvo gewesen, so haben wir vermeynt, es geschehe dem Art. genug, welcher glathin allein erfordert, damit nicht die übrige Kinder an ihrer Noth-Gebühr Schaden leiden, welche Noth-Gebühr noch in der Eltern Vermögen verhanden gewesen. Dann es ist schon oben gesagt worden, daß die Eltern ihren Kindern etwas geben können, mit der ausdrucklichen oder stillschweigenden Bedignuß, daß solches nicht conferirt werden solle. Unterdessen ist dises Art. Verordnung sehr nutzlich, weil nur gar zu gewiß ist, daß die Baurn mit Ausheyrathung ihrer Kinder so brächtig darein gehen, daß sie zu Zeiten mehr als die Helffte ihres Guths zu Ausheyrathung der Tochter anwenden, welches, obwohlen die Kinder in Lebs-Zeiten der Eltern wider ihren Willen nicht verhinderen können, doch nach Innhalt dises Art. dem Richter obliget, daß er solches auf keine Weiß zulasse. Und diß ist die Ursach, daß der Art. sagt, daß denen übrigen Kindern zum wenigisten die Noth-Gebührnuß in salvo verbleiben müsse, als will er gleichsam sagen, wie wir kurtz zuvor erinnert haben, daß sonsten in dem Collations-Recht unter denen Erben ab intestato sich das Collations-Beneficium weiter erstrecke. Besser wurden in ermelten Casu die 2. letztere Kinder gethan haben, wann sie den Tod der Elteren erwarthet hätten, weilen, wann ihre Erklärung, daß der übrigen Kinder erhaltne Aussteur und Widerlag nicht sollen conferirt werden, nicht geschehen wäre, ohne allen Zweiffel die Collation hätte Platz finden müssen, weilen im Zweiffel das Heyrath-Guth, und die Widerlag allzeit conferirt werden müssen, und præsumirt wird, des Vatters Willen zu seyn, daß unter den Kindern eine Gleichheit solle gehalten werden. Es hat sich geziemt diß wider unsere Meynung weit äusser auszuführen, weilen wir sehen, daß diser Mißbrauch gar zu sehr einreisse.

Das letzte unsers Art. ist übrig, wie nemlich der Richter solchen Excess, der bey Ausheyrathung gemeiner Leuth geschieht, schätzen und moderiren müsse? Und er antwortet es seye auf die Zeit der Ausheyrathung zu sehen; Dann es steigen die Werth der Güther nach der Zeit der Fruchtbarkeit und anderen Umständen, also daß jetzt ein Baurn Hoff noch so vil gilt, als er vor kurtzer Zeit gegolten hat. Wir haben ein Exempel, vor 20. Jahren, nachdeme ein allgemeiner Land-Tag gehalten worden, ist eine neue Steur-Beschreibung resolvirt worden, also daß ein jeder Baur den Werth seines Guts an Eyds Statt, und Straff Confiscation und Verlurst seines Rechts hat angeben müssen, wann er einen zu geringen Werth angegeben hat. In einigen Pflegen ist die Sach zu seiner Würckung gelangt, aber an Orten, wo man die Arbeit gescheiht hat, ist die Sach nicht gelungen, obwohlen hierauf ein grosser Nutzen des gemeinen Wesens abgenommen wurde. Dann sihe, zur selben Zeit haben meine Baurn ihre Güther um 500. 600. 700. oder höchstens um 800. fl. geschätzt, jetzt nach 20. Jahren ist der Werth um noch so vil gestigen, weilen ein veranleite Freystifft, oder Herrn-Gunst eines gantzen Hoffs offentlich um 1000 Thaler, ja um 2000. fl. verkaufft wird. Dahero unser Art. befiehlt, daß bey Erundsigung des Heyrath-Guths gesehen werde auf den Werth des Baurn-Guths, wie selbe zur Zeit der Ausheyrathung stehen. Wann also sich zutragete, daß zur jetziger Zeit solche Persohnen ausgeheyrathet wurden, und der Baurn Güther wegen einfallenden Krieg abschlageten, so wurden die vorige Kinder, welche über diß standmässige Heyrath-Guth nichts bekommen haben, wegen solcher Zufälligkeit keinen Abbruch verdienen, sonder es müssen die letztere Kinder dem Unglück zuschreiben, daß sie in eine so Noth-volle Zeit verfallen seyen. 4.

Des

Des XXXVII. Tituls

Von den Codicillen.

Erster Articul.

Ein Codicill ist nichts anders, als sonsten ein letzter Will, ohne die Erbsatzung, dann in einem Codicill kan man keinen zu Erben einsetzen, noch auch die Erbsatzung wider aufheben, oder jemand enterben; Welcher aber ein Schanckung von Tods wegen jemanden thun, item ein Legat oder Fidei-Comiss verschaffen will, der mag es durch ein Codicill wohl thun, in Schrifften, welches die Zeugen gleichwohl mit ihren Insiglen nicht fertigen dörffen, doch unterschreiben sollen. Oder ohne Schrifften, von Mund ausgesprochen, in Beyseyn der Gezeugen, so hierzu erfordert, und erbetten, oder ungefehr darzu kommen, darunter auch Weibs-Persohnen zulässig, deren aber unter fünff nicht seyn sollen, es wäre dann an einem, oder mehr Orten ein alter kundtlicher anderer Gebrauch, oder Freyheit, darbey soll es, wie vor verstanden, verbleiben. Wäre aber der Gebrauch, oder Freyheit, wegen minderer Anzahl der Zeugen, allein in Testamenten, so mag an selbigen Orten, zu den Codicillen, allzeit um zweyen Zeugen weniger dann in Testamenten gebraucht werden, doch daß aufs wenigist zweyen Zeugen gegenwärthig seyen.

Summaria.

1. Was ein *Codicill* seye, ob in solchem ein Erb eingesetzt, oder die Erbsatzung aufgehoben werden könne?
2. Ob einer mehrere *Codicill* zerschidenen Innhalts machen könne, also daß alle gelten?
3. Ob zu einem *Codicill* so vil Zierlichkeiten nöthig seyen, wie bey einem *Testament*?
4. und 6. Ob in einem schrifftlichen oder mündlichen *Codicill* 5. Zeugen müssen gebraucht, berufsen, und erbetten werden?
5. Ob die Weibs-Bilder in denen *Codillen* Zeugen seyn können?
7. Ob die im *Testament* geminderte Zeugen Anzahl auch die Verminderung deren in *Codicillen* nach sich ziehe?
8. Was Rechtens, wann aus einer Gewohnheit ein *Testament* mit drey Zeugen giltig ist, ob ein nur mit einen Zeugen errichter *Codicill* gelte?
9. Weil zu München ein vor zwey Zeugen errichtes *Testament* giltig ist, ob man auch die Ehe-*Pacta* vor zwey Zeigen errichten könne?
10. Ob in einem *Codicill* die *Institutio Fidei-Commissaria* giltig geschehen könne?
11. Ob man in einem *codicill directè substituiren* könne?
12. Wann im *Testament* die Erbs-Einsetzung glathin ohne *condition* geschehen ist, ob derselben in dem *codicill* eine *condition* könne beygesetzt werden?

Nachdeme die Materi von den Testamenten vollendet worden, folget die Materi von Codicillen, es wird aber ein Codicill beschrieben, daß
1. es ein letzter Will ohne Erbsatzung seye; Mynsing. ad Rubr. Inst. de Codicill. n. 2. beschreibt das Godicill ist ein unperfectes Testament, wodurch ohne rechtliche Zierlichkeit erlaubt ist, den letzten Willen zu schreiben ohne Einsetzung eines Erben. Diß also ist der haupt- und wesentliche Unterschied unter einem Testament, und einem Codicill, daß in dem Testament die Erbs-Einsetzung erfordert werde, solche aber in dem Codicill nicht geschehen könne. §. Codicillis autem Inst. de Codicill. und dahero sagt der Art. Dann in einem Codicill kan man keinen zu Erben einsetzen. Und dahero kan hingegen im Codicill einem die Erbschafft nicht benommen, noch einer enterbt werden, noch auch die Erbsatzung wider aufheben, oder enterben, dessen ist kein andere Ursach, als weil diß der eigentliche Unterschied

schied unter einem Testament, und Codicill ist. Dann eben darum, wann im Codicill ein Erb eingesetzt werden könnte, solches schon nicht mehr ein Codicill ist, so wird die Krafft eines Testaments haben.

Wann man sagen will, in dem 15. Art. 34. Tit. seye enthalten, daß die Erbs-Einsetzung nicht allein in einem anderen zierlichen Testament, sonder auch ausser dem Testament vor 7. Zeugen revocirt werden könne, kan also solches Testament durch ein Codicill revocirt werden, dann ein solche Revocation ist eine Gattung eines letzten Willens, aber keine Gattung eines Testaments, also ist es eine Gattung eines Codicills, folglich kan durch ein Codicill die Erbs-Einsetzung aufgehoben werden. Wir aber antworten hierauf, daß ein solch widerrufflich letzter Willen weder ein Codicill, noch ein Testament seye, weil in solchem nichts dispositivè verordnet sonder die vorige Verodnung aufgehoben wird. Gewiß dem gemeinen Recht nach ist wahrhaffter, daß ein perfectes Testament durch des Erblassers blossen Willen, wann er schon vor 7. Zeugen, daß er ohne Testament sterben wolle, sich erklärt hat, nicht umgestossen werde, wann nicht zugleich auch 10. Jahr verstrichen seynd, welches doch nach unsern Land-Recht nicht zu erwarten ist, wie wir alldort ausgelegt haben. Wo der geneigte Leser einen Unterschied unter dem gemeinen, und unsern Land-Recht anmercken, und sehen kan. D. Rath. in concus. Illust. An. 1630. editis. thes. 11. per tot. Wo er auch andere citirt. Wir sagen also, daß die Erbs-Einsetzung aufgehoben werde, nicht in Krafft eines Codicillis, sonder zu Favor der ab intestato kommenden Erben, welchen solche Contestation nutzet, damit ihnen nach umgestoßnen Testament ab intestato die Erbschafft zufalle.

2. Der andere Unterschied ist unter dem Testament und Codicill, daß nicht erlaubt seye mehrere Testament zu machen, daß sie zugleich gelten sollen, daß allzeit das letztere dem vorigen in Weeg stehet, doch kan einer mehrere Codicill zerschiedenen Innhalts machen, also daß alle gelten. Aus Ursach, weilen im Testament die gantze Erbschafft gegeben wird, welche eine res universalis ist, in den Codicillen aber werden mehrere und Particular-Sachen vermacht. Dahero sagt der Articul daß jener, welcher eine Schanckung von Tods wegen, ein Legat, oder Fidei-Commiss machen will, nicht nöthig habe, ein Testament zu machen, sondern genug seye, seinen Willen durch ein Codicill zu erklären, also daß einer so vil Codicill machen kan, so vil er dergleichen Particular-Vermächtnussen machen will, wann nur solche einander nicht widrig seynd, dann weilen contrare Sachen neben einander nicht stehen können, so ist nothwendig, daß der letztere Codicill dem vorigen vorgelte. L. cùm proponatis 3. Cod. de codicill.

Der dritte Unterschied ist, daß in einem Testament vile Zierlichkeiten erfordert werden, welche in einem Codicill nicht nöthig seynd. Dann obwohlen in dem Codicill fünff Zeugen gebraucht werden müssen L. fin. §. ult. Cod. de codicill. & §. fin. Inst. de fide. hæred Und wann die Zeugen in einem schrifftlichen Codicill gebraucht werden, müssen sie sich unterschreiben, L. fin. §. 3. Cod. de codicill. Und zwar zu einer Zeit. dict. L. fin. circa fin. Aus deme doch, was wir oben geredt haben, erhellet, daß die Zierlichkeiten der Testamentern weit grösser seyn, in Ansehung deren gesagt wird, daß der Codicill ein nicht so zierlicher letzter Willen seye. 3.

Zweyfach aber kan nach Innhalt unsers Art. ein Codicill gemacht werden, schrifftlich oder mündlich. Wann es schrifftlich gemacht wird, werden die Unterschrifften der 5. Zeugen erfordert, deren Besiglung aber ist nicht nöthig, und obwohlen wir kurtz zuvor gesagt haben, daß die fünff Zeugen in einer Zeit zugleich gebraucht werden müssen, so ist doch nicht nöthig, daß, wie bey einem Testament, also auch in den Codicillen die Zeugen sonderheitlich zusammen beruffen und erbetten werden, sondern ist genug, wann sie ohngefehr zum Codicill machen kommen seynd, welches einstimmet mit dem L. ult. Cod. de codicill. wo zwar die Gebrauchung der Zeugen zugleich auf einmal formaliter erfordert, aber ausdrucklich beygesetzt wird, genug zu seyn, wann sie ohngefehr darzu kommen seynd. 4.

Und diß, was wir von der bey dem schrifftlichen Codicill nöthigen Gebrauchung der 5. Zeugen gesagt haben, hat auch beym mündlichen Codicill Platz, das ist, daß die Zeugen zu einer Zeit zugleich gebraucht, nicht aber sonderheitlich zusammen beruffen, und erbetten werden müssen, und weilen in den mündlichen letzten Willen der Glaub in der Zeugen Gemüth bestehet, also auch ist keine Unterschrifft, wie der Text in L. ult. Cod. de codicill. redet, nöthig, wie bey dem schrifftlichen Codicill. Obwohlen bey uns meistens der Brauch ist, daß dergleichen letzte Willen, um selbe desto mehr zu befestigen, schrifftlich verfaßt, und nicht al-

lein mit der Zeugen Unterschrifft, sondern auch deren Sigillen bestättiget werden.

5. Es wird auch in unsern Art. beygesetzt, daß in denen Codicillen auch die Weibs-Bilder Zeugen seyn können, in Conformität des gemeinen Rechts, nach Lehr der DD. in L. 8. fin. Cod. de codicill. Aus Ursach, weilen die Testamentern vor disem an denen Land-oder Reichs-Tägen gemacht wurden, dabey die Weiber nicht haben erscheinen können, die Codicillen aber können überall gemacht werden. Unterdessen doch wird von solchen Zeugen, so bey Codicillen gebraucht werden, erfordert, daß sie rechtmässige Leuth seyen, dann welche wegen zerschiedenen Gebrechen in Contracten und Pactis nicht Zeugen seyn können, die können auch in Codicillen keine Zeugen abgeben. Die Ursach ist an sich selbsten klar, weil das Geschäfft, welches in Codicillen verhandlet wird, eben so wichtig ist, als das Geschäfft der Contracten: ist also gleiche Legalität der Zeugen nöthig. Diß allein haben wir oben bey dem 1. Art. der Land-Recht. Art. 18. ausgenommen, daß die Heyraths-Pacta, so vor 5. Zeugen errichtet worden, in Krafft eines letzten Willen und Codicills, wann sie schon, wie es der Brauch ist, vor lautern Bluts-Freunden und Verwandten errichtet worden, deren Glauben in Contracten doch zu Zeiten wancklet.

6. In vorgehenden haben wir gesagt, daß regulmässig in den Codicillen fünff Zeugen erfordert werden. Es wird doch diser Regul in unsern Art. diser merckwürdige Ausnahm beygesetzt, wann nicht an einem oder mehr Ort ein alter kundlicher anderer Gebrauch, oder Freyheit obwaltet, Krafft dessen weniger Zeugen können gebraucht werden. Dann wann die Zahl der Zeugen durch ein Freyheit oder Gewohnheit eines Orts kan gemindert werden in denen Testamentern selbsten, wie wir anderstwo weitläuffiger gesagt haben, warum soll nicht eben diß auch geschehen können in denen Codicillen so von geringerer Wichtigkeit seynd.

7. Ja der Art. setzt weiters bey, daß, wann in einem Ort unserer Provinzen das Recht ist, die Testament zu machen vor weniger als 7. Zeugen, eben darumen auch die Codicill nach Proportion mit wenigern Zeugen errichtet werden können. Welche Frag zwar bey den alten sehr strittig ware; Dann es ist schier die gemeine Meynung gewesen, daß, wann schon im Testament die Zahl der Zeugen vermindert worden, deßwegen doch nicht zu erachten seye, daß auch bey denen Codicillen die Zahl gemindert worden seye, weil diß niergend geschriebner zu finden. Barthol. ad L. 2. circa fin. ff. de legat. 1. Covar. de test. ad rubr. part. 3. n. 21. Grass. §. codicillus. n. 6. viv. com. opin. verbo statutum de codicillis. Wann nun diser Sentenz præsupponirt wird, so ist abermahlen ein Unterschied zwischen unsern Land- und dem gemeinen Recht. diff. Dann wann man setzt, daß an einem Ort ein Statutum, Gewohnheit, oder ein Freyheit seye, daß die Testament vor 5. Zeugen rechtmässig können erricht werden, alldort gelten auch die vor 3. Zeugen errichtete Codicill, obwohlen bißhero niemahlen ein Codicill vor 3. Zeugen erricht worden, weilen eben darum, da die Zahl der Zeugen im Testament gemindert worden, auch solche gemindert ist bey den Codicillen, welches wohl zu mercken ist bey dem 18. Art. 1. Tit. der Land-Recht, von den Heyraths-Gedingen. Dann obwohlen alldort ausdrucklich gesagt wird, daß die Ehe-Pacten in Krafft eines letzten Willen nicht gelten, wann nicht 5. Zeugen gebraucht worden, doch, wann an einem Ort die Gewohnheit ist, daß ein Testament vor 5. Zeugen errichtet, gelte, so werden auch die allda vor 3. Zeugen errichtete Ehe-Pacta als ein letzter Willen gelten.

Was ist aber Rechtens, wann an einem Ort der Brauch oder die Gewohnheit ist, daß ein Testament vor 3. Zeugen gemacht werden könne, ist wohl alldort der vor einem Zeugen nur gemachte Codicill giltig? Aus Ursach, weil unser Art. sagt, daß die geminderte Anzahl der Zeugen im Testament, auch die Verminderung nach sich ziehe in den Codicillen, und zwar also, daß allzeit in den Codicillen um zwey Zeugen weniger gebraucht werden können, als in Testamentern, daß allzeit um zweyen Zeugen zu den Codicillen weniger, als in Testamentern gebraucht werden. Unser Art. aber antwortet in den letzten Worten, daß doch zwey Zeugen zum wenigist gegenwärtig seyn sollen. Aus Ursach, weilen auch in jedwederen Actu unter Lebendigen wenigst zwey Zeugen erfordert werden, Krafft der Regul: In dem Mund zweyer oder dreyer soll alles Wort bestehen, also werden auch zwey Zeugen bey jedem letzten Willen erfordert, weilen meistens die letzte Willen von grösserer Wichtigkeit seynd, als die Actus unter Lebendigen. Und dahero, wann man setzt, daß an einem Ort die Gewohnheit seye, wie zu München ist, daß ein jeder Burger vor zwey Zeugen ein Testament machen kan, so ist das Testament und der Codicill, was die Anzahl der Zeugen betrifft, ein ander gleich, weilen auch in de Codicill weni- 8.

 ger

ger Zeugen als zwey nicht seyn können. Und diß ist, was der Grass. §. codicillus n. 6. sagt, daß, wann die Anzahl der Zeugen in Testamentern unter der Anzahl der Zeugen in den Codicillen vermindert worden, auf solche Anzahl auch die Zahl der Zeugen in Codicillen eingeschränckt werden könne. Dann es wäre absurd, daß in einem Codicill oder unperfecten Testament mehrere Zeugen sollen erfordert werden, als in einem wahren Testament. Diser Meynung ist auch Nicol. Everhatd. Jun. consil. 11. vol. 2. n. 38.

9. Und deßwegen zweifflen wir nicht, daß mit Rechten behauptet werden könne, daß zu München zu denen unter Burgern errichten Ehe-Pacten nur 2. Zeugen nöthig seyn, wie wir oben bey dem 1. Tit. 18. Art. gesagt haben, dann in so weit sie unter Lebenden disponirt, befuessen sie sich in der gemeinen Regul, daß in dem Mund zweyer alles Wort bestehe, und obwohlen in den Ehe-Pacten 5. Zeugen erfordert werden, in so weit sie als in einem letzten Willen disponiren, jedoch, weilen das von einem Burger vor 2. Zeugen gemachte Testament giltig ist, so werden noch vilmehr dergleichen Ehe-Pacten in Krafft eines Codicills gelten.

Man wird entgegen setzen, daß doch in der gantzen Stadt das Widerspiel practicirt werde, also daß entweders solche Ehe-Pacta Gerichtlich aufgericht, oder vor 5. Zeugen, absonderlich bey fürnehmeren Leuthen gemacht werden, welche selbsten ihre Sigil haben, wie wir alldort ausgelegt haben. Und wir antworten, daß stehe in puren freyen Willen, bringt auch keine Schuldigkeit mit sich, daß auch andere solches thun müssen, gleichwie einem jeden frey stehet, vor mehrern Zeugen einen Contract zu schliessen, folgt doch nicht daraus, daß zwey Zeugen nicht genug seyen, gleichwie auch zu München von vilen Burgern vor mehrern als zwey Zeugen die Testament errichtet werden, und doch hierdurch niemand ein Præjudiz zugezogen wird. Daß nicht einer, wann er will, vor 2. Zeugen testiren könne, also, wann heut unter Burgern vor 2. Zeugen die Ehe-Pacten errichtet werden, solche giltig wären, auch in so weit, als sie in Tods Fall verordnet.

10. Jenes doch, was in unsern Art. gesagt wird, daß in Codicillen kein Erbsatzung oder Enterbung geschehen könne, ist also zu verstehen, daß directè durch die Codicill kein Erbschafft gegeben, noch genommen, doch aber die Hæreditas fidei commissaria hinterlassen werden könne. Zum Exempel, es kan keiner in Codicill schreiben, oder sagen, der Sempronius soll mein Erb seyn. Wann aber einer den Sempronium in einem rechtmässigen Testament als Erben eingesetzt hat, kan er im Codicill sagen, ich bitte dich mein Semproni, daß, nachdeme meine Erbschafft angetretten hast, solche dem Sejo überantworten sollest. Krafft des ausdrucklichen Text in § codicillis autem 2. vers. directò. Inst. de codicillis. Wo gemeiniglich die Rechts-Gelehrte die Ursach geben, weil der Erblasser, da er dem Erben im Codicill befihlt, daß er die Erbschafft dem anderen zustellen soll, solchen directò nicht als Erben einsetzt, weil der Eingesetzte noch wahrer Erb verbleibt, und den 4. Theil behaltet, welches, weilen in unsern Art. nicht corrigirt worden, so sagen wir gantz recht, daß auch die Institutio fidei commissaria bey uns in Codicillen Platz habe. Wie dann auch in Codicillen die Erklärung des Erben geschehen kan. Zum Exempel, wann der Titius im Testament gesagt hat, jener soll mein Erb seyn, welchen ich in meinen Codicillen als Erben wird erklärt haben. Dann dise Erklärung, welche in den Codicillen geschieht, kan keine Einsetzung genennt werden, sondern hat die Krafft einer Einsetzung aus dem Testament, Manz. ad dict. §. 2. Inst. de codicill. n. 5.

Was ist aber von der Substitution zu sagen? Und wir antworten, gleichwie directò in Codicillen kein Erb kan eingesetzt werden, also auch ist nicht erlaubt directò einen Erben zu substituiren. Zum Exempel, wann man in Codicillen schreibt: wann der Sempronius, welchen ich in meinem Testament als Erben eingesetzt hab, mein Erb nicht seyn wird, so will ich den Sejum substituiren. Aus Ursach, weilen die Substitution nichts anderes ist, als die andere in Codicill beschehne Erbs-Einsetzung, gleichwie nun die Einsetzung des ersten Erben nicht gilt, als auch die andere nicht. DD. ad dict. §. 2. Inst. de codicillis. 11.

Hernach, gleichwie die Erbschafft in Codicillen nicht benommen werden kan, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, also auch wann die Einsetzung pur und glathin in Testament geschehen ist, so kan solcher in den Codicillen keine Condition beygesetzt werden. Zum Exempel, sagend: ich will, daß der Sempronius, welchen ich meinem Testament als Erben eingesetzt habe, mein Erb seyn soll, wann aus Asien das Schiff kommen wird, L. qui- 12.

dam 27. in f. ff. de condit. inst. & in L. Modiei 6. ff. de jure codicill. Wo gesagt wird, daß nach verworffner Condition der Erb für pur eingesetzt gehalten werde. Dann weil der Erblasser in denen Codicillen ein solche Condition beysetzt, so wird er erachtet, daß er von Benemmung der Erbschafft gedencke, sagt Modest. in dict. L. 27. Die Benemmung der Erbschafft aber gilt in Codicillen nicht, wie wir zuvor gesagt haben, also gilt auch nicht die Beysetzung einer Condition.

Der anderte Articul.

Wann der Testirer in seinem Testament meldet, wann er einen Zettul in das Testament legen, oder etwas auf die leere Blätter selbst, oder durch einen anderen schreiben lassen werde, solches gelten soll, als wäre es im Testament begrieffen, ist gleichwol solche Zettul oder Schrifft, wann kein Zweiffel ist, daß sie der Testirer selbst geschrieben, oder unterschrieben, auch das Jahr und Tag darinnen vermeldet; kräfftig und giltig, da aber die Handschrifft des Testirers widersprochen wurde, soll mit zweyen Zeugen erwiesen werden, daß sie den Testirer solches sehen schreiben, und unterschreiben, und darauf die Zeugen, wann es ein abgesönderte Zettul, dieselb auch selbst unterschrieben haben, also daß kein Zweiffel seyn möge, daß es eben die Zettul seye, welche sie den Testirer habensehen schreiben, oder unterschreiben. Wäre aber durch einen Notarium ein Instrument über solche Zettul oder Schrifft, daß er der Testirer, in Beyseyn zweyer Zeugen, solche geschrieben hat, aufgericht, so beweißt solch Instrument, wann gleich die Zeugen nicht verhört wurden, oder gar gestorben wären.

Summaria.

1. Ob und wie weit die dem *Testament* beygesetzte *Clausul*, das, was immer in einem besonderen Zettul oder Blat beygesetzt wird, für giltig, und dem *Testament* einverleibt gehalten werden solle, gelte?
2. Ob auch dem gemeinen Recht nach behauptet werden könne, daß dise *Clausul* gelte?
3. Wann dise *Clausul* vom Erblasser ausgelassen, und dem *Testament* nicht beygesetzt worden, ob nichts destoweniger jenes gelte, was in besonderen Zettuln und Blättern beygesetzt worden?
4. Was Rechtens wann solcher Zettul zum *Testament* Gerichtlich gelegt werden?
5. Ob dise *Clausul* sich auch erstrecke auf die Erbs-Einsetzung, oder nur auf die *Legata*, und andere besondere Vermächtnussen?
6. Ob in Krafft diser *Clausul* der im *Testament* eingesetzte Erb durch den beygelegten Zettul könne geändert werden?
7. Ob die Beysetzung des Jahr und Tags bey dergleichen leeren Blättern und Zettuln als zur Weesenheit und Giltigkeit nöthig seye?

1. Hier überall ist der Brauch nicht allein in unsern Vatterland, sondern auch anderstwo, daß in den Testamentern dise Clausul beygesetzt wird: Was immer disem meinem Testament entweders durch besondere Zettul, oder in des Testaments leeren und reinen Blätteren ich wird beygesetzt haben, will ich, daß solches von gleichen Kräfften seyn solle, als wann solches dem Testament selbsten wäre einverleibt worden? Nun wird gefragt, ob und in wie weit solche Clausul gelte? Gantz recht wird dise Frag bey disem Titul von Codicillen beygeruckt, weilen meistens in dergleichen Zettuln nur Legaten, und Particular-Fidei-Commiss, und Schanckungen von Tods wegen vermacht werden, daß solchem nach dergleichen Zettul vilmehr als ein Codicill, als in Krafft des Testaments gelten, wovon wir kurtz hernach ein mehrers reden werden. Dann entweders geschieht solche Beysetzung in einem leeren Blat des Testaments, oder in einem besonderen Zettul? In dem ersten Fall, was auf das leere Blat geschrieben worden, das gilt, es mag solches mit des Erblassers eignen Hand völlig geschrieben, oder mit einer anderen Hand geschrieben, aber eigenhändig vom Testirer unterschrieben worden seyn, wann des Erblassers Handschrifft, oder Unterschrifft

schrifft unzweiffelhafftig ist, und des Testirers Willen nicht in Zweiffel gezogen werden kan. Wann aber solches in Zweiffel gezogen werden kan. Wann aber solches in Zweiffel gezogen wird, so wird die Prob durch Gegeneinanderhaltung der Schrifften nicht zugelassen, weil sie gebrechlich, und in Testaments-Sachen nicht sicher genug ist, sondern es muß des Testirers gantze Schrifft, oder Unterschrifft mit 2. Zeugen erwiesen werden, welche den Erblasser mit eignen Augen schreiben gesehen; In dem anderen Fall, wann gehandlet wird von einen besonderen Zettul, ist nöthig, daß die zwey Zeugen, welche den Zettul schreiben, oder unterschreiben gesehen, eben disen Zettul auch selbst mit solcher Zeugnuß unterschreiben, damit kein Zweiffel seyn kan, daß eben diß der Zettul seye, welchen die Zeugen gesehen, daß er vom Testirer geschrieben, oder wenigist eigenhändig unterschriben worden seye. Der Art. setzt bey, daß doch auch in beyden Fällen das Jahr und Tag müsse dabey benennt werden. Dessen ist die Ursach, damit man wisse, was früher oder später geschieht, dann weilen in Testamentern und letzten Willen allzeit das Jüngere dem Aelteren abbricht, absonderlich wanns einander contrar seynd, so ist nöthig, daß das Jahr und Tag beygesetzt werde.

Doch ist sehr rathsam, nach unsern Art. daß einer über solcher Beylag, oder Beysatz auf dem leeren Blat des Testaments, oder besonderen Zettul, so in Gegenwart zweyer Zeugen geschehen, durch einen Notarium ein Instrument verfertigen lasse, welches, wie der Art. sagt, für diß nutzlich ist, damit solche Schrifft probire, wann schon die Zeugen über derselben Recognition nicht gehört worden, auch nachgehends nicht mehr gehört werden können, weil sie etwann vor dem Erblasser gestorben seynd. Hierüber lese, was wir gesagt haben bey dem 1. Art. 34. Tit. der Land-Recht. Und diß ist zwar die Substanz und Innhalt dises Art. Wir haben aber noch einige Fragen aufzulösen, deren

2. Die erste ist, ob dem gemeinen Recht nach behauptet werden könne, daß ein solcher letzter Will gelte, welcher auf des Testaments leeres Blat geschrieben, oder auf einem besonderen Zettul dem Testament beygelegt wird, wann der Testirer solche Clausul dem Testament einverleibt hat, daß jenes, was er im leeren Blat oder beygelegten Zettul verordnet hat, eben so gelten solle, als wann solches im Testament von Wort zu Wort begriffen stunde? Es scheint, es antworte mit Nein Thomas Herbajus in tract. rer. quotid. cap. 8. wo er ausdrucklich sagt, daß der Testirer nicht versicheren könne, daß die Legata, und andere Vermächtnussen, welche er nachgehends vor weniger Gezeugen machen wird, gelten müssen, wann nun solche Clausul disen Gewalt und Krafft hätte, daß die auf dem leeren Blat, oder besonderen Zettul, nach wenigist gebrauchten zwey Zeugen, giltig seyn sollen, so könte einer eben darum in seinem Testament versicheren, daß er vor weniger als 5. Zeugen, was er immer wollte, verordnen könte, und also in der That die Gesatz in seinem letzten Willen nicht Platz hätten wider den Text in L. nemo potest 15. ff. de leg. 1. Das Widerspiel behauptet Besold. in advers. suis. disput. 3. ad jus municip. Würtenberg. thes. 153. insert. Ludovicus Jos in tract. com. opin. conclus. 66. welche Meynung auch unsere Land-Recht begnehmiget haben, auf solche Weiß, wie wir kurtz zuvor ausgelegt haben, und gründet sich dises Recht auf dem, daß man sich auf das Testament bezieht. Dann wir haben schon oben bey dem Titul von der Erbs-Einsetzung, und in eben disen Art. gesagt, daß die Erbs-Einsetzung gelte, welche sich anf eine Schrifft bezieht, welche an sich gewiß und unzweiffelhafft ist, zum Exempel, jener soll mein Erb seyn, welchen ich im Codicill nachgehends erklären werde, dann wann die Erklärung in dem rechtmässig aufgerichten Codicill erfolgt ist, so erlangt die Institution seinen Gewalt und Krafft nicht aus dem Codicill, sondern aus dem Testament. Nun also auch, wann einer in seinem Testament gesagt hat, daß all jenes soll giltig und kräfftig seyn, was immer auf den leeren Blättern, oder besonderen Zettuln nach der Hand er beygesetzt hat, wird solcher Beysatz als ein Theil des Testament erachtet, und bekommt aus selben seine Krafft und Stärcke, Krafft des Text in L. si ita 38. ff. de condit. & demonstr. Wann ich wird also geschrieben haben, sagt der Text, so vil ich dem Titio in Codicillen wird legirt haben, obwohlen durch die Codicill das Legat benannt wird, so gilt doch solches in Krafft des Testaments, und ist allein das Legat in Codicill erklärt worden. Dann auch bey den Alten seynd auch solche Legaten gewesen, so vil ich ihme in Zettul wird geschrieben haben, so vil ich durch solchen Zettul wird benennt haben, so vil muß der Erb geben. Aus welchem Text erhellet, daß dergleichen Bewerffungen auf das Testament gelten, weilen die Schrifft, so sich auf eine andere bezieht, eben jener in sich enthal-

enthaltet, was in der Schrifft worauf man sich bezogen hat, ausdrucklich begriffen stehet. Und dahero wird gesagt, Legatum in scriptura confirmata videri Legatum in scriptura confirmante. Gloss. supermarg. ibid.

3. Die andere Frag ist, ob die Beylegung eines solchen Zettels, so in Testament oder auf einen Zettel geschehen, gelte, wann der Erblasser selbsten in Testament von Beylegung dergleichen Zettlen über weitere letztwillige Verordnungen nichts gemeldet hat? Und gantz recht hat nicht unlängsthin der Hoff-Rath gesprochen, daß solche Vermächtnuß unnutzlich seye, weil sie ihre Giltigkeit aus dem Testament nicht haben kan, weilen man sich auf keine Zettel bezohen hat. Dann der gantze Gewalt bestehet in der dem Testament einverleibten Clausul. welche macht, daß die künfftige Verordnung ein Theil des Testaments ist, es kan aber ein Theil eines Testaments nicht seyn, wann im Testament kein dergleichen Bestättigung geschieht, wann nun der Erblasser nach ausgelassener solcher Clausul etwas auf den leeren Blätteren, oder besonderen Zettlen hinterlassen wolte, so ist nöthig, daß er 5. Zeugen gebrauche, und also ein ordentliches Codicill mache;

4. Es thut auch zur Sach nichts (welches in dem allegirten Casu in Betracht gezogen worden) daß das Testament ad Acta, oder vor höchster Obrigkeit errichtet worden, weil zwar die Obrigkeitliche Authorität in denen letzten Willen alle Solennitæten ersetzet, so ersetzt sie doch nicht den Willen, welcher glathin von solcher Clausul abhanget. Wann man nun setzt, daß der Testirer einen solchen Zettel dem Obrigkeitlichen errichteten Testament. in welchem bemelte Clausul nicht zu finden ist, beygelegt habe, so hat solcher doch aus dem Testament keine Krafft empfangen. Obwohlen villeicht des Erblassers Willen hat seyn können, daß solcher Zettel in Krafft eines neuen Codicills gelten solle, dann, gleichwie daß ad Acta errichte Testament selbsten ohne alle Solennität giltig ist, also um so mehr gilt solcher Zettel, der zur Krafft eines neuen Codicills übergeben worden.

5. Die dritte Frag ist, ob jenes, was wir von diser Clausul gesagt haben, allein zu verstehen seye von den Legaten, particular Fidei-Commissen, und Vermächtnussen, oder auch von der Erbs-Einsetzung, und also von der Substanz des Testaments? Wir haben zwar kurtz zuvor gesagt, daß in leeren Blättern gemeiniglich nur neue particular Vermächtnussen zu geschehen pflegen, unterdessen doch können wir nicht widersprechen, daß eben diß auch zu verstehen seye von denen Substantialibus des Testaments. Dann kurtz zuvor haben wir den Casum gesetzt, daß einer in seinem Testament den Erben eingesetzt, welchen er in denen Codicillen wird benamst haben, und wir haben gesagt, daß dise Verordnung giltig seye, welches beweist Ant. Gabr. de test. conclus 11. per tot.

Eine schwerere Frag ist, wann einer in seinem Testament einen oder mehrere Erben eingesetzt hat, ob Krafft solcher in leeren Blättern, oder besonderen Zettlen beygesetzten Clausul die Erbs-Einsetzung verändert werden könne? Diser Casus ist uns in Praxi begegnet, wo ein verstorbner vortrefflicher Churfürstl. geheimer Rath, der ohne Kinder verstorben ist, welcher seine Einsetzung, und Substitution der Erben in des Testaments leeren Blätteren, und in mehrern Zettlen öffters verändert hat, und da drey fürnehmen Männer über dise Testaments-Sach in dem geheimen Rath referirten, ist in solchem Rath darfür gehalten worden, das Krafft diser dem Testament mit kräfftigisten Worten einverleibten Clausul, von welcher die Red ist, solche Abänderungen giltig seyen, und die letztere Werordnung, oder Erbs-Einsetzung gelte. Die Ursach ist allzeit die alte, weil dergleichen Zettel ein Theil des Testaments seynd, gleichwie in Particular Vermächtnussen dise Clausul seinen Gewalt und Würckung hat, also auch bey der Erbsatzung, weil sowohl die particular. als universal Verordnung all seine Krafft und Würckung aus dem Testament her hat. 6.

Man wird sag'n, und ist wahrhafft ein sehr starckes Argument, daß in vorgehenden schon zweymahlen erwiesen worden, daß ein einmahl rechtmäßig errichtes Testament anderst nicht, als durch ein anders rechtmäßiges Testament könne revocirt werden. Also daß wir beschlossen, einen Unterschied unter dem gemeinen, und unsern Land-Recht hierinfalls zu machen, weilen unsere Statuten die Testaments Revocation von 7. Zeugen zulassen, wann schon kein neues Testament gemacht worden. Hierauf aber wird geantwortet, daß die Abänderung, welche in Krafft solcher Clausul im leeren Blatt, oder auf besonderen Zettlen geschieht, wie wir schon öffters mit Fleiß wiederholt haben, von der Substanz des ersten Testaments seye, also daß nach ausgelöschten ersten Erben der andere im leeren Blatt oder beygelegten Zettel geschriebne Erb in des ersten Stell eintrit, also daß zu Auslöschung des ersten Erben kein neues Testament nöthig ist, weil solch erster Erb darfür gehalten wird, als wann er niemahlen wäre eingesetzt worden, obwohlen wir wohnhafft mit Ludovi-. Jos. loc. cit. n. 7. frey bekennen, daß dise

Arth zu testirn sehr gefährlich seye, und man sich davor in alle Weiß zu hietten habe.

7. Die 4te Frag ist, ob die Beysetzung des Jahrs und Tags in solchen leeren Blättern oder beygelegten Zettlen als eine Weesenheit und Substanz solcher neuen Verordnung seye; Also daß, wann solche Verordnung jünger zu seyn durch Zeugen erwiesen werden kan, solche Prob nicht genug seye? Und wir vermeynen es seye wahrhaffter mit Ja zu antworten, dann der Herren Hoff-Räthen, welche die Beysitzung des Jahr und Tags eingeraten, Absehen ist gewessen, daß diß nach der form Anth. quod sine Cod. de testam. geschehen soll. Aber alldort wird nach der gemeineren Meynung der Rechts-Gelehrten im Testament unter Kinderen die Beysetzung Jahr und Tags zur Substanz der Vätterliche Disposition erfordert. Also auch hier bey der in leeren Blättern, oder beygelegten Zettel gemachten Verordnung, welche aus dem vorigen Testament seine Krafft nehmen muß, dann ein jeder ihm leicht einbilden kan, was für eine Confusion entspringen könne, wann solche Aenderung ohne Beysetzung Jahr und Tags so unbedachtsam zugelassen wurde.

Der dritte Articul.

Wann im einem Testamen dise Clausul, und Anfang einverleibt ist, wann des Testirers letzter Will nicht giltig, als ein ordentlich zierlich Testament, daß er doch gelten soll, als ein Codicill, Fidei-Commiss, Geschäfft von Todts wegen, oder wann man dise Clausul gebraucht hätte, daß solcher letzter Will gelten soll, wie er von Rechts wegen am kräfftigisten seyn kan, so seyn solche Clausulen, sie werden sammentlich, oder deren nur eine gebraucht, solcher Krafft und Würckung, wofern das Testament etwann Anfangs einen Mangel gehabt, oder hernach eine Ursach entstunde, daß es als ein zierlich Testament nicht kräfftig seyn möchte, daß nichts minders die nächster Freund, welchen die Erbschafft von Rechts wegen ohne ein Testament gebührt, schuldig, solchen letzten Willen zu vollziehen. Doch mögen sie nach Abzug der Schulden, und gebührlichen Ausgaben, die man von des Verstorbnen wegen thuen muß, den 4ten Theil, alles übrigen Erbs innenbehalten, wann sie ein ordentlich Inventari, oder Beschreibung aller Verlassenschafft fürgenommen haben. Wäre auch das Testament zwischen des Testirers Kinder, oder haupsächlich zu Geistlichen oder Gottseeligen Wercken gemacht, so sollen die gemelte Clausulen, wann so gleich mit Worten nicht ausgedruckt, dannoch als wann sie geschriben, oder geredt, verstanden werden, doch wofern solche Testament nicht mit Zierlichkeit gemeiner: Sonder aus sonderbahrer Freyheit der Rechten gemacht, daß in solchem Fall die Clausul nicht weiter dann den Kinderen, oder den Gottseeligen Wercken zu Gutem, für ausgedruckt werde gehalten. Begebe sich aber, daß dem Testirer erst nach Aufrichtung seines Testaments, oder nach seinem Absterben, ein Kindgebohren wurde, oder es kämme seiner Kind eines, welches er allbereit verstorben zu seyn vermeynt, wider zu Land, und er hätte solches Kind im Testament aus Unwissenheit zum Erben nicht eingesetzt, in solchen Fall seyn obgedachte Clausulen (wo nicht andere Muthmassungen, daß er nichts desto minder daß Kind wurde mit dem Fidei-Commiss beschwährt haben, nach Ausweisung gemeiner Recht verhanden) nicht giltig, und keiner Würckung, so vil den eingesetzten Erben betrifft, dessen Erbsatzung sonsten durch solche Clausulen in ein durchgehent Fidei-Commiss verkehrt wurde. Hätte aber ein Vatter sein allbereit gebohrnes, oder ein solch Kind, dessen sein Frau damahlen als er das Testament gemacht, Schwanger gewessen, er solches wohl gewußt, oder ein abwesend Kind, welches er für todt noch nicht gehalten, stillschweigend umgangen, und zum Erben nicht eingesetzt, oder hätte ein Enckel, welches zur Zeit des Testaments sein

sein Noth-Erb noch gewesen, stillschweigend umgangen. In disen Fallen hat die Codicill Clausul ihr Würckung, und müssen die also stillschweigend umgangene Kinder über Abzug ihrer Legitima, die übrige Erbschafft dem eingesetzten Erben folgen und zu stehen lassen; Und soll hierin der Unterschied, ob die Codicill Clausul mit Worten in vergangene, gewärtige oder künfftige Zeit bedeutend, begriffen seye, nicht in Acht genommen werden. Anlangend aber die andere Geschäfft als Legat, sonderbahre Fidei-Commiss, und dergleichen, welche der Testirer ausserhalb der Erbsatzung anderen vermacht, bleiben solche Clausulen jeder Zeit bey ihren Würden und Würckung, doch sollen dieselben anderst nicht kräfftig seyn, es seyen dann bey Aufrichtung des letzten Willens, so vil Zeugen gewesen, als an jedem Orth zu einem Codicill erfordert werden.

Summaria.

1. Welcher- und wie villerley *Form* der *Codicillar Clausul* es gebe?
2. Was dise *Clausul* für eine Würckung habe, und ob sie allein den Abgang der Zierlichkeit, und nicht den Willen ersetze?
3. Was das *Testament* wegen Abgantz der Zierlichkeiten zerfallet, ob die Erben *ab intestato* Krafft diser *Clausul* dem eingesetzten Erben die Erbschafft als ein *Fidei-Commiss* zu stellen müsse?
4. Ob die Erben *ab intestato* die *Trebellianicam* abziehen können?
5. Ob die Abziehung der *Trebellianica* geschehen müsse von der gantzen Erbschafft, oder erst nach abbezahlten Schulden, und anderen Auslagen?
6. Ob zu Abziehung der *Trebellianica* die Errichtung eines *Inventarii* nöthig seye?
7. Wann im *Testament* des Vatters unter Kinderen, oder zu milden Wercken die *Codicillar Clausul* nicht gefunden wird, ob solche stillschweigend darunter verstanden werde?
8. Ob die *Codicillar Clausul* eine Würckung habe, wann das *Testament* wegen Umgehung zerfallet?
9. Was Rechtens, wann der Vatter wissendlich den Sohn umgangen, und dem *Testament* die *Codicillar Clausul* beygesetzt hat, ob sie eine Würckung habe?
10. Ob einem Enckel als Noth-Erben *ab intestato* oblige, die Erbschafft als ein *Fidei-Commiss* zuruck zu stellen, wann das *Testament* wegen beschehner Umgehung bestritten worden?
11. Ob die Würckung diser *Clausul* nicht allein in deme bestehe, daß die Erbschafft als ein *Fidei-Commiss* zuruck gestellt werden solle, sonder auch daß die *Legata* und andere Vermächtnussen sollen abgeführt werden?
12. Zu deme aber, damit die *Legata* Krafft der *Codicillar Clausul* gelten, ob erfordert werde, daß so vil Zeugen gebraucht worden, als vil zu einem *Codicill* nöthig seynd?

IN disem Art. wird von der Würckung der Codicillar-Clausul, welche denen Notarien gar zu bekannt ist, gehandlet, welche sie schier allen Testamenten beysetzen; Von welcher einen gantzen Tractat geschriben hat Fab. Turret. de affect. & defect. Claus. Codicill. Dessen Sitz ist in L. si quis. 8. Cod. de Codicill. Wo Theodosius der Kayser sagt, daß, wann der Testirer ein Testament macht, und darin begriffen hat, daß solches als ein Codicill gelten soll, und solches Testament hernach nicht hat erfüllen können, dise Clausul die Erbschafft zum Fidei-Comiss mache, welches Gesatz der Ursprung diser heylsam und in Europa bestens bekannten Clausul ist.

1. Dise Clausul bestehet gemeiniglich Krafft unsers Art. in der zweyfachen Form; Erstlich, wann der Erblasser im Testament sagt, wann mein letzter Will nicht gilt, als ein zierlich und perfectes Testament, so will ich, daß es doch als ein Codicill, Fidei-Commiss, oder Schanckung von Tods wegen gelten soll. Die andere Form ist, wann der Testirer sagt, wann mein letzter Will nicht gelten kan, als ein zierliches und perfectes Testament, so will ich, daß es gelte auf all bessere Weiß, wie es von Rechts wegen am kräfftigisten gelten kan. Und dise beyde Clausulen werden meistens in Testamenten zusammen gesetzt, da zum Exempel der Testirer sagt, mein letzter Will nicht gilt als ein zierlicher und perfectes Testament, so will ich, daß es gelte als ein Codicill, oder auf andere bessere Weiß, welches von darum gut geschieht, weil die DD. viles dispu-tirn, was sonst unter beyden Clausulen für ein Unterschied seye. Obwohlen Ant. fab. de rerr prag. decad. 96. error. 10. part. 3. & decad. 2. error. 5. part. 1. will, daß sich kein Casus ergeben könne, in welchem die Clausul auf all bessere Weiß, mehr, als die Codicillar Clausul auswürcken könne. Es scheint, daß auch diß unsers Art. Absehen seye, weil er ausdrucklich sagt, daß dise beyde Clauslen, sie

mögen zu gleich oder besonder, oder disjunctivè gesetzt werden, von gleicher Würckung seyen.

2. In nachfolgenden werden wir sehen, in wem diser Clausulen, sie mögen zu gleich oder disjunctivè gesetzt werden, Würckung besthe. Wir sagen also erstlich, daß, wann das Testament wegen einen Mangel, der bey Errichtung desselben eingeschlichen, nicht gelten kan, nichts destoweniger doch solches in Krafft diser Clausul als ein Codicill oder ein anderer letzter Willen gelte; Zum Exempel, wann nur 6. Zeugen gebraucht, oder nicht Rechtmäßig zusammen beruffen, und erbetten, oder ihre Sigl nicht beygedruckt worden Text. & Gloss. in L. codicillos. §. fin. ff. de Legat. 2. & dict. L. ult. Cod. de Codicill. mit einem Wort, wann ein Fehler in das Testament der Zierlichkeit halber eingeschlichen ist.

Dann wann 2. ein Fehler im das Testament wegen dem Willen eingeschlichen ist, diser wird durch die Codicillar Clausul nicht ersetzt. Besold. in Thes. pract. verb. Clausula Codicill. und die Ursach ist handgreifflich, weilen, wo des Testirers Willen abgehet, allda nicht allein die Testamentliche Verordnung abgehet, sonder auch all andere Disposition, weilen deren jedwedere sich auf des Erblassers Willen als Haupt-Grund-Stein besteiffen muß.

Gleichwie aber, wie wir für das 3te sagen, der Abgang der Zierlichkeiten durch die Codicillar Clausul ersetzt wird, welcher bey der Testaments Errichtung eingeschlichen ist, also auch wird der Abgang ersetzt, welcher nach der Hand sich ergibt. Zum Exempel, wann ein oder der andere Zeug unter solcher Zeit undüchtig worden, weilen die übrige Zeugen den letzten Willen als ein Codicill oder Fidei-Commiss, oder anderen letzten Willen von Tods wegen behaupten könnten. Es machen zwar die DD. hier vile Verwirrungen unter der Clausul, welche durch die Wort de præsenti, und welche durch die Wort de futuro beygesetzt worden. Diser Unterschied aber ist durch unsern Art. gäntzlich verworffen worden, wie wir bald hernach sehen werden. Sie mag also mit Worten, wie solche lauten mögen, geschehen seyn, so ersetzt sie den Abgang der Solennitæten, es mag solcher bey Errichtung des Testaments eingeschlichen, oder erst nach der Hand darzu kommen seyn.

3. Wir sagen 4. daß, obwohlen ein Testament gleich zu Anfang an denen Solennitæten einen Mangel gehabt hat, oder solcher nach der Hand darzu gekommen ist, daß es als ein Testament nicht bestehen kan, doch die Erben ab inteſtato verbunden seyen, Krafft der Codicillar-Clausul dem im Testament eingesetzten Erben die Erbschafft als Fidei-Commiss zu zu stellen. Idem Turret. de effect. & defect. Claus. Codicill. Wo er in der 3. Frag in einem Register schier 100. Authores citirt, uns gefällt dise Meynung nicht, weil in unsern Art. mit klaren Worten enthalten, und diß die Substanz diser Clausul ist, daß die Erben, ab inteſtatò da das Testament wegen Mangel der Zierlichkeiten zerfallet, darfür gehalten werden, erbetten zu seyn, daß sie die Erbschafft als ein Fidei-Commiss dem im Testament eingesetzten Erben zuruck stellen sollen. Aus welchem folget, daß wir mit unsern Art.

Sagen 5te daß doch die Erben ab inteſtato die Trebellianicam, das ist, den vierten Theil der Erbschafft abziehen und behalten können. tot. tit. ff. & Cod. & maximè L. scævola. ff. ad Trebellianum. L. quærecatur. §. utrium ff. de milit. test. Und obwohlen einige, absonderlich aber Ruinus. in consil. 146. n. 10. lib. 3. das Widerspihl subtile zu behaupten anscheinen, so thut doch solches Turretus. quæst. 133. per tot. wiederlegen, daß also dißfalls in unsern Land-Recht nichts besonders verordnet worden. 4.

Wir sagen 6. daß der Abzug der Trebellianicæ auf keine Weiß von der gantzen Erbschafft geschehen soll, sonder erst nach abbezahlten Schulden, und anderen nothwendigen Auslagen, welche in Nahmen des verstorbnen Erblassers bezahlt werden müssen. Aus Ursach, weilen keine Erbschafft ist, wann nicht zuvor alle Schulden bezahlt seynd, und andere Auslagen, nehmlich die Leicht-Kösten und dergleichen, welche zur Schuld werden, wie wir bey dem nachfolgenden Art. von der Falcidia und Trebellianica sehen werden. und weilen alldort auch gesagt wird, daß die Falcidia und Trebellianica vom Erblasser nicht könne verbotten werden, deßwegen ist unnöthig zu disputiren, ob darfür gehalten werde, daß solche durch die Codicillar-Clausul, oder durch die Clausul auf all bessere Weiß rc. so zugleich, oder besonders beygesetzt worden, verbotten seye. 5.

Diß doch ist 7. nothwendig, daß, wann der Erb ab inteſtato die Trebellianicam abziehen will, er ein Inventari gemacht habe, wie wir kurtz hernach sagen werden / und der Art. mit sich bringt, dann er wird præsumirt, in mala fide zu seyn, der mit einem Fidei-Commiss beladen ist, wann er kein Inventari macht, ist also der Trebellianicæ nicht würdig. 6.

Wir

7. Wir sagen 8. obwohlen unter den Rechts-Gelehrten ein grosser Stritt ist, ob die Codicillar-Clausul in Vätterlichen Testament unter Kindern, oder in einem zu milden Wercken errichten Testament, wann selbe nicht ausdrucklich beygesetzt worden, doch stillschweigend darunter zu verstehen stehen seye, wie zu sehen ist bey Cævall. comm cont. com. quæst. 187. per tot. bey Covar. in cap. Raynutius. §. 1. n. 2. de test. Mantic. de conject. vor. vol. lib. 1. tit. 9. n. 5. & seq. und bey Tyraquell. in L. si unquam. verb. libertis. n. 103. Cod. de revocand. donat. wo sie mehr andere citiren. Doch unsere Bayrische Statuten antworten mit Ja, wo ein merckwürdiger Unterschied beygesetzt wird, ob nehmlich das unter Kindern errichtete Testament in der gemeinen Form, oder in Gestalt eines privilegirten Testaments gemacht worden. Im ersten Fall wird darfür gehalten, daß allzeit die Codicillar-Clausul darunter enthalten seye im anderen Fall aber wird dise Clausul stillschweigend darunter nicht verstanden, wann sie nicht zu Favor der Kinder oder zu milden Wercken abziehlet. Aus Ursach, weilen ein privilegirtes perfectes Testament, nur jenen helffe, zu deren Favor solches Privilegium ertheilt worden. Und dahero kommt es, daß gemeiniglich gesagt werde, daß ein Testament unter Kinderen in Sachen nicht gelte, was des Fremden Interesse betrifft, L. hac consultissima §. ex imperfecto. Cod. de test. L. fin. circa fin. Cod. famil. hereisc. clarus. §. Testamentum. quæst. 10. Forster. in tract. de success. lib. 1. cap. 24. n. 36. fuse Turret. in tract. de claus. codicill. à quæst. 145. usque ad quæst. 140 wo er mehrers von der im Testament unter Kinderen oder zu milden Wercken erricht, stillschweigend darunter verstandenen Clausul redet, welches der geneigte Leser alda vollständiger finden wird.

8. Wir sagen 9. wann einem Erblasser erst nach gemachten Testament, oder nach seinen Todt ein Kind gebohren wird, oder eines aus den Kinderen, so er vermeynt in der Fremde gestorben zu seyn, wider zuruck kommt, und in solchen Fall der Vatter das Kind in seinem Testament aus Unwissenheit umgangen hätte, so ist die dem Testament beygesetzte Clausul ungiltig, und würckt nichts aus, oder, wie sie gemeiniglich sagen, es hat die Codicillar-Clausul keine Würckung, wann das Testament wegen Umgehung zerfallet. Tyraquell in L. si unquam. verb. donatione Largitus n. 265. & seq. Cod. de revocand. don. Cævall comm. cont. comm. quæst. 186. Turret. quæst 54. ad longum.

Unser Art macht nur ein einzige Exception, wann nicht erhebliche Muthmassungen und Præsumptiones verhanden seynd, daß der Vatter nichts desto weniger, wann er gewußt hätte, daß ihme nach gemachten Testament, oder nach seinen Tod ein Sohn werde gebohrn werden, oder daß der in der Fremde stehende Sohn wieder heim kommen werde, die Codicillar-Clausul gemacht, und den Sohn mit dem Fidei-Commiss und anderen Vermächtnussen beladen haben wurde. Was aber dise Muthmassungen und Præsumptiones für einige seyen, beziehet sich unser Art. auf das gemeine Recht, und stehet in der Richterlichen Ermäßigung, welches weiter auszuführen gar zu weitläuffig wäre. Turret. loc. cit. thut vile Casus unterscheiden, der hierüber eine besondere Auslegung verlangt, kan selben lesen. Und diß, was wir jetzt gesagt haben, ist wahr, wann der Vatter in dem Testament die Codicillar-Clausul unwissend beygesetzt hat, das ist, wann er nicht gewußt hat, daß seine Ehe-Frau schwanger seye, und nicht gedenckt hat, daß ihme ein Sohn werde gebohrn werden, und daß ihm der Sohn aus der Fremde zuruck kommen werde.

Ein anderes aber ist zu sagen 10. Wann der Vatter seinen schon zur Zeit des gemachten Testaments gebohrnen und in der Fremde stehenden oder noch in Mutter-Leib verborgenen Sohn wissendlich umgangen, und nichts desto weniger seinem Testament dise Codicillar-Clausul beygesetzt hat. Dann dise wird ihre Würckung haben, also daß die also umgangene Kinder nach Abzug ihrer Noth-Gebühr die übrige Erbschafft dem im Testament eingesetzten Erben als ein Fidei-Commis zuruck stellen, und andere Vermächtnussen von Tods wegen abführen müssen. Man wird entgegen setzen, daß vorbemeltes Testament in welchem der schon gebohrne, oder der nach des Vatters Todt gebohrne Sohn umgangen worden ist, von Rechtswegen null und nichtig seye, also daß die Erbschafft ab intestato anfalle. Es kan also die Codicillar-Clausul zu dem Ende nichts auswürcken, daß das Testamen als ein Codicill gelten soll. Und wir antworten, daß zwar das Testament als null, oder durch die Querelam inofficiosi Testamenti Krafft dessen, was wir oben gesagt haben, bestritten werden könne, nichts desto weniger doch darfür gehalten werde, daß der wissendlich umgangene Sohn, als Erb ab intestato erbetten seye, daß er nach Abzug seiner Noth-Gebühr die übrige Erbschafft dem im Testament geschriebnen Erben zuruck stellen solle. Boër. decis. 267. n. 3. & seq. Jul. clar. lib. 3. sentent. §. Testa- 9.

 ment

mentum quaest. 46. Und obwohlen diser Meynung ausdrucklich entgegen seynd Gloss. in auth. ex causa Cod. de lib. præterit. verb. cætera. Covar. ad cap. Raynutius. ib. X. de test. §. 1. n. 4. & 8. & ibid. ad fin. Moller. in comment. ad constit. sanon. part. 3. const. 9. n. 4. Berlich. part. 3. conclus. 15. n. 59. & seq. so haben doch unsere Land-Recht den obigen Sentenz Bey-Stimm gegeben, deme man nachkommen muß. Turretus thuet durch vile Fragen jenen der DD Unterschied ausführen, ob die Codicillar-Clausul durch die Wort de Præsenti, oder durch die Wort de Futuro beygesetzt worden. Aber auch unsere glatt in die Sach gehende Statuten verwerffen auch disen Unterschied, und machen in der That glathin disen Unterschied, ob der Vatter die Condicillar-Clausul beygesetzt habe, da er den Sohn im Testament unwissend umgangen hat, oder wann er solchen wissendlich umgangen hat. In dem ersten Fall ist die Codicillar-Clausul gantz ungiltig, wann nicht handgreifflich bekannt ist, daß der Vatter nichts destoweniger die Clausul wurde beygesetzt haben, wann er schon gewußt hätte, daß er einen Sohn habe, oder bekommen werde. In dem anderen Fall, wann er wissendlich den Sohn umgangen hat, wird das Testament als null bestritten, doch ist der umgangene Sohn, als Erb ab intestato schuldig in Krafft solcher Clausul die Erbschafft als ein Fidei-Commiss zuruck zu stellen.

10. Wir sagen 11. eben eins zu seyn, wann der Erblasser zur Zeit des gemachten Testaments, in welchem er den Sohn wissendlich umgangen hat, ein Enckel im Leben gehabt hat, welches nach verstorbnen Sohn sein Erb ist, dann auch ein solches Enckel muß die Codicillar-Clausul erfüllen, zumahlen zur Zeit des gemachten Testaments das Enckel kein Noth-Erb gewesen. Tritt also ein in die Fuß-Stapffen des Vatters, und gleichwie erst besagter massen der Vatter ohnerachtet umgangen worden, in Krafft der Codicillar-Clausul die Erbschafft zuruck geben, und andere Vermächtnussen abstatten muß, also auch liegt solche Schuldigkeit, nachdem das Testament wegen der Umgehung bestritten worden, dem Enckle als Erben ab intestato ob.

11. Wir haben schon zuvor gesagt, und wiederholen 12. daß die Codicillar-Clausul nicht allein die Würckung habe, daß nach zerfallnen Testament in Fällen, wovon wir sonderheitlich geredt haben, die Erbschafft als ein Fidei-Commiss dem eingesetzten Erben müsse zuruck gestellt, sonder auch die Legaten Fidei-Commiss und andere Vermächtnussen von Todtswegen abgeführt werden. Diß kommt über eins mit deme was wir bey dem 1. Art. 35. Tit. der Land-Recht gesagt haben, wo sonderheitlich verordnet wird, und dem gemeinen Recht ähnlich ist, daß auch aus einem wegen Umgehung der Kinder umgestoßnen Testament die übrige Particular-Vermächtnussen ohne Codicillar-Clausul gelten, also um so mehr gelten werden, wann solche Clausul beygesetzt worden. Wann aber ein Testament aus Mangel die Zierlichkeiten null ist, so ist man zwar solches abzuführen von Rechtswegen nicht schuldig, was im Testament Particulariter vermacht worden, wann aber die Codicillar-Clausul gebraucht worden, so hat selbe dise Würckung, daß auch dergleichen Particular-Vermächtnussen müssen vollzogen werden, also daß der Erb wegen der Erbschafft, und des Fidei-Commiss, die Erbschafft zuruck stellen, und als instituirter Erb die Particular-Vermächtnussen abführen muß. wann nur

Wie wir 13. gesagt haben, zur beygesetzten Codicillar-Clausul so vil Zeugen gebraucht worden, als vil nach Gewohnheit jedes Orths zu einem Codicill nöthig seynd. Setze also, daß einer vor zwey Zeugen unter Kinderen, oder zu milden Wercken testirt, und disem seinem Testament vile Particular-Vermächtnussen, Legata, und Fidei-Commiss unter beygesetzter Codicillar-Clausul gemacht habe, gewiß, obwohlen die Einsetzung der Erben giltig ist, so seynd doch dise Particular-Vermächtnussen unnutzlich, werden auch in Krafft diser Codicillar-Clausul nicht behandhebt, wann solchen Orths zum Codicill 5. Zeugen nöthig seynd. 12.

Wann man widersetzt, daß wir oben gesagt haben, eine fremde Sach zu seyn, daß ein Testament vor 2. Zeugen gelten solle, nicht aber auch das Codicill gelte. So antworten wir, daß seye wahr in denen ordinari und zierlichen Testamenten, nicht aber bey privilegirten und extraordinari Testamenten. Und dahero kommt es, daß wir kurtz zuvor erwiesen haben, daß dem unter Kindern, und zu milden Wercken errichten Testament stillschweigend die Codicillar-Clausul einverleibt seye, doch anderst nicht, als was die zu Favor der Kinder, und der milden Wercken beschehnen Vermächtnussen betrifft, in aber was zu Favor Fremder vermacht worden. Deßwegen ist jene Regul, welche im 1. Art. dises Tit. gesetzt worden, daß darfür gehalten werde, daß so offt auch die Zahl der Zeugen in den Codicillen nach Proportion gemindert seye, als offt solche Zahl in Testamenten gemindert ist, allein zu verstehen, von ordentlichen und nicht privilegirten Testamenten.

Letz-

Letztens wird der geneigte Leser villeicht noch zwey Stuck verlangen, ob nehmlich 1. ein Sohn, der durch die Codicillar-Clausul verbunden ist die Erbschafft als ein Fidei-Commiss zuruck zu stellen, neben der Noth-Gebühr auch die Trebellianicam, abziehen könne? Und 2. ob er von den Legaten und Fidei-Commissen, und anderen particular Vermächtnussen Krafft des durch die Codicillar-Clausul salvirten Testaments abziehen könne? Aber über beydes werden wir in nachfolgenden Titul reden, wo der eigendliche Sitz diser Materi ist. Es wären auch unsern Gebrauch noch einige Fragen vorzutragen, wann nicht das Werck zu groß wurde, welche wie auch von darum desto lieber unterlassen, weil wir dafür halten, daß aus vorbemelten Principien einer solche leicht wird auflösen können. Wir schreitten also zu den folgenden Titul.

Des XXXVIII. Tituls

Von der Falcidia und Trebellianica.

Erster Articul.

DIe Falcidia ist der vierte Theil alles Vermögens, welches der Testirer, oder Erblasser über Abzug aller Schulden, und nothwendigen Ausgaben, hinderlassen hat; Welcher vierte Theil dem eingesetzten, oder sonsten nächsten natürlichen Erben, innzubehalten gebührt, wann er mit vilen Legaten beschwehrt ist, nehmlich wann die Legata, Geschäfft von Todswegen, und sonderbare Fidei-Commiss, die der Testirer, oder Erblasser verordnet, die Erbschafft also erschöpfften, daß der Erb den vierten Theil des gedachten gantzen Vermögens nicht hatt, so mag er vor den Legaten, und andern Geschäfften, jedes Legats-Proportion nach, so vil hinweg ziehen, und innenbehalten, biß er solchen vierten Theil völlig hat; Wären aber der Erben mehr, so zieht ein jeder sein Gebührnuß am vierten Theil, von den Geschäfften, mit denen er Insonderheit beschwehrt ist, oder seyn sie zugleich beschwehrt, so theilen sie den vierten Theil von allem des Erblassers Vermögen.

Summaria.

1. Was die *Falcidia* seye?
2. Ob die sonderbare *Fidei-Commiss item* Schanckungen von Todswegen der *Falcidia* oder *Trebellianica* unterworffen seyen?
3. Ob vor Abzug der *Falcidia* auch die Schulden, welche der Erb selbsten zu forderen hat, müssen abgezogen werden?
4. Ob unter dem Wort Schulden auch die Leicht-Kösten und andere begriffen seyen?
5. Wann mehr eingesetzte Erben ungleich beschwehrt seynd, ob der vierte Theil der gantzen Erbschafft, oder allein der Erbschaffts-*Portion*, welche mit *Legaten* erschöpfft worden, abzuziehen seye?
6. Mit was für einer *Proportion* der Abzug der *Falcidia* zu machen seye?

IN disem Titul wird von zwey Viertel gehandlet, deren eines die Falcidia, und das ander die Trebellianica genennt wird. Die Falcidia ist ein Abzug des vierten Theils, welcher den Erben, der in Krafft eines Testaments, oder ohne Testament ab intestato erbt, gebührt, wann die Erbschafft mit Legaten und anderen sonderbaren Vermächtnussen vom Todswegen erschöpfft worden. Also beschreibt unser Art. die Falcidia. Dann vor Altem hat ein jeder über seine Güther zu disponirn sol-

solche Freyheit gehabt, daß er mit Particular-Vermachtnussen seine gantze Verlassenschafft hat erschöpffen können, Krafft der Regul, wie ein jeder legirt hat, also soll es gehalten werden, welche Freyheit mit der durch den Text. in L. furiam, hernach durch den Text in L. Vaconiam, und endlich durch den Text in L. falidiam, eingeschränckt worden, und zwar letztlich durch den Text in L. Falcidam. Also daß eines jeden Verstorbenen Erbschafft in 12. Theil abgetheilt wurde, von welchen niemand über 9. Theil zu Legaten hat vermachen können, 3. Theil aber, so ein Viertel der Erbschafft ausmachen, hat er dem Erben aus dem Testament, oder dem ab inteſtato ohne Testament kommenden Erben überlassen müssen. Von welchem Viertel oder Falcidia thut unser Art. nachfolgendes verordnen.

2. Erstlich obwohlen das Gesatz der Falcidiæ eigendlich allein von denen Legaten redet, und deßwegen Cujacius vermeynt, daß die Particular Fidei-Commiſs der Falcidiæ nicht, sonder der Trebellianiæ unterworffen seye, so sagt doch unser Art. in specie daß das Viertel der Falcidiæ nicht allein von den Legaten, sonder auch von den Particular Fidei-Commissen, und anderen Vermächtnussen von Todswegen abgezogen werden könne, weilen nach Meynung der Rechts-Gelehrten all dise Particular-Vermächtnussen gleichen Geflichters seynd. Wegen der Particular Fidei-Commissen seynd ausdruckliche Text in L. falcidiæ 2. & L. etiam 3. Cod. ad L. falcidiam. welch beyde insonderheit von denen Fidei-Commiſs eine Meldung thun, und der Text in L. si mortis causa. 5. Cod. eod. thut eben diß auch auf die übermäßige Schanckungen erstrecken, wegen der Gleichheit, wie Perez. ad L. falcid. n. 3. sagt. Zu mahlen einem Legat gleich ist, was vor des Schenckenden Todt keine Krafft hat. L. 2. Cod. de don. mort. caus. Und dahero alle Schanckungen, welche erst durch den Todt bestättiget werden, wie da Regulmäßig seynd die Schanckung unter Eheleuthen, unter dem Vatter und Sohn, welcher im Vätterlicher Gewalt stehet, der Falcidiæ unterworffen seynd. L. in donationibus 12. Cod. ad L. falcid. Ja der Text in L. imponenda 6. Cod. eod. setzt bey, daß alle Legta, die auch privilegirt seynd, als welche zu Aufrichtung offentlicher Werth, und Aufrichtung der Statuen gegeben worden, nach Proportion die Falcidia leiden, und daß in denen dem Fürsten vermachten Legaten die Falcidia Platz habe. L. & in quarta. Cod. eod.

3. Es müssen doch 2. vor Abzug der Falcidiæ alle Schulden abgezogen werden. L. in imponenda. 6. Cod. ad L. Falcid. und zwar auch jene Schuld, welche der Erb selbst zu forderen hat, welches wider das Recht ist, weilen sonsten durch Antrettung der Erbschafft die Schulden mit der Erbschafft confundirt worden. dict. L. in imponenda 6. Wo dise Wort zu lesen. Bey Abzug der Falcidiæ werden alle Schulden zuvor abgezogen, auch welche der Erb zur Zeit des Tods zu forderen gehabt, obwohlen durch die Erbschaffts-Antrettuug alle Actiones confundirt worden. Jedoch wann nicht, wie die Gloſſ. ibidem sub lit. A. beysetzt, der Erblasser dem Erben befohlen hat, daß er die Forderung compensirn soll; Uber diß ist ein Text, in L. si debitor 12. ff. ad L. falcid. Welcher sagt, wann der Schuldner, nachdem der Glaubiger als Erb eingesetzt worden, begehrt hätte, daß dise Schuld nicht abgezogen werden soll: So muß ohne allen Zweifel wegen der Exception doli mali des Verstorbnen Will vollzogen werden:

Dritten thut unser Art. auch unter die Schulden andere nothwendige Ausgaben rechnen in den Worten: Uber Abzug aller Schulden, und nothwendigen Ausgaben. Wo der geneigte Leser in dem Wort: Aller Schulden mercken wird, daß auch die Forderung des Erbens, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, nicht ausgenommen seye, daß selbe nicht könne abgezogen werden: Und daß in den Worten: Aller nothwendigen Ausgaben auch begriffen werden die Leicht und andere dergleichen Kösten, welche wegen dem Verstorbnen gemacht werden müssen. 4.

Viertens setzt unser Art. einen Casum, wann mehrere als ein Erb eingesetzt werden, oder ab inteſtato verhanden seynd, als dann ist an sich selbsten klar, wann jeder aus ihnen gleich erbt, daß alle zugleich den 4. Theil der Falcidiæ unter ein anderer theilen müssen. Wann aber einer aus mehreren Erben mehr oder weniger beschwehrt worden, so muß ein jeder besonders die Falcidiam von jenen Legaten und Schanckungen von Todswegen abziehen, welche seinem Erbs-Theil auferlegt worden. Aus welcher Regul mehr merckwürdige Casus sich ergeben, welche D. Manz ad §. & cum quæsitum, 2. Inſt. de L. Falcidiæ. & seq. Durch die Rechnungs-Kunst sehr gut auslegt. Dann setze, daß ein Erblasser 12000. fl. gehabt, aber zwey Erben den Titium und Sejum eingesetzt habe, und zwar den Titium in 10000. fl. wegen grösserer Zuneigung, und den Sejum allein in 2000. fl. hat aber von des Titii Portion keinen Heller als ein Legat vermacht, den Sejum aber als eingesetzten Mit-Erben hat er mit 2000. fl. Legaten beladen, wodurch seine gantze Erbschafft 5.

schafft erschöpfft wurde, oder mit 1900. fl. also daß dem Erben Sejo mehr nicht als 100. fl. Erb übrig verbleiben, gewiß der Sejus kan von seiner Erbschafft Portion die die Falicidiam abziehen, obwohlen seine Legatarii sagen können, daß die Erbschafft biß auf den 4. Theil der gantzen Erbschafft nicht erschöpfft seye. Ingleichem, wann wir setzen, daß Titius, der mit 10000. fl. eingesetzt worden, mit Legaten und Fidei-Commissen und anderen Vermächtnussen von Todswegen beladen, der Sejus aber mit seinen 2000. fl. frey gelassen worden. Als dann zieht der Titius von 10000. fl. die Falicidiam, das ist, den vierten Theil ab, welcher 2500. fl. ausmacht, aus welchem erhellet, daß, wann mehrere Erben eingesetzt, und ungleich beschwehrt worden, daß nicht der vierte Theil von der gantzen Erbschafft abgezogen werde, sonder allein der vierte Theil von jener Erbschaffts-Portion, welche mit Legaten erschöpfft worden, daß also in dem gesetzten Exempel der Titius nicht 3000. fl. sonder allein 2500. fl. erhaltet, gleichwie im Gegenspihl, wann des Seii Erbs-Portion auch mit Legaten wäre erschöpfft worden, er mehr nicht als 500. fl. für sein Viertl hätte abziehen können, daß in der That sowohl des Titii, als des Seii Abzug nur ein Viertl ausmacht.

6. Wir haben 5. gesagt nach Proportion, dann, wann 9000. fl. denen Legatarien oder anderen zugetheilt worden, so muß von des jedwederen Particular-Vermächtnuß der 4. Theil abgezogen werden, damit nicht einer vor dem anderen beschwehrt werde. Es thut also weder die vile der Erben, noch die vile der Legatariorum bey Berechnung der Falicidiæ etwas änderen. Dann ein jeder aus denen Erben bekommt ein Viertl nach der Proportion seiner Erbschafft, und ein jeder aus denen Legatariis, und dergleichen muß den Abzug des Viertels nach Proportion seines Legats leiden. Und diß ist der Verstand unsers Art. nun folgt.

Der anderte Articul.

Wo der eingesetzte Erb, die Erbschafft ohne Inventari angetretten, und in sein Gewaltsamme genommen, so mag er von den Legaten, und Geschäfften den vierten Theil nicht abziehen, sonder ist schuldig, solche völlig zu bezahlen, und hinaus zu geben, wann ihme gleich nichts überbliebe. Item, da der Testirer ein sonderbahre Sach der Gestalt verschafft hätte, daß solche in der Freundschafft dessen, dem ers geschafft hat, unverändert bleiben soll, oder hätte etwas zu milden Gottseeligen Wercken verordnet, von demselbigen mag der Erb auch nichts abziehen, er kunte dann von den anderen Geschäfften, den völligen vierten Theil nicht bekommen, als dann mag er den Abgang, auch von Geschäfften, die unverändert in einer Freundschafft bleiben sollen, deßgleichen von den Geschäfften zu milden Wercken, abziehen, und innenbehalten. Item, wann einem das jenig verschafft würdet, welches man ihme ausser solchen Geschäffts schuldig wäre, mag auch von solchen nichts abgezogen werde. Hätte auch ein Erb sich des Abzugs solchen vierten Theils gegen dem Erblasser, oder denen, welchen die Geschäfft verordnet seyn, selbs begeben, so hat er solchen nicht mehr abzuziehen, oder innenzubehalten. Item, da einer die Legata völlig bezahlt, von wegen er vermeynt hätte, er die also völlig zubezahlen schuldig wäre, so mag er ebenfals den vierten Theil nicht wider erforderen, es wäre dann, daß er verhofft, es werde ihm über völlige Bezahlung der Geschäfft dannoch der vierte Theil überbleiben, er sich also allein in der Berechnung, und nicht im Rechten geirret hätte, so mag ihm solcher Irrthum nicht schädlich seyn. Es soll aber der Testirer den Abzug der Falicidiæ zu verbietten nicht Macht haben, uneracht, was deßhalben in den neulichern Kayserlichen Rechten verordnet ist.

 Sum-

Summaria.

1. Ob der Erb, welcher kein *inventari* macht, und die Erbschafft eigenmächtig an sich ziehet, die *Falicidiam* abziehen könne?
2. Ob er gehalten seye aus seinem eignen Mittlen die Schulden und *Legaten* zu zahlen?
3. und 5. Wann ein *Legat* einer *Special*-Sach mit dem Veräusserungs-Verbott, gemacht worden, ob die *Falcidia* könne abgezogen werden?
4. Ob bey denen *Legaten* zu milden Wercken die *Falcidia* könne abgezogen werden?
6. Wann die *Falcidia* von weltlichen *Legaten* nicht zu haben ist, welcher Gestalten die *privilegirte Legaten* nach *Proportion* beyspringen müssen?
7. Wann der *Testirer* einem *legirt* hat, was er ihm schuldig gewesen, ob hiervon die *Falcidia* abzuziehen seye?
8. Was Rechtens, wann der Erb freywillig die *Falcidiam* nachgelassen hat?
9. Oder die völlige *Legaten* bezahlt hat, ob er die *Falcidiam* zuruck begehren könne?
10. Wann er aber völlig bezahlt hat *ex errore facti non juris*, ob das Bezahlte könne zuruck gefordert werden?
11. Ob der *Testirer* wenigist dem Bayrischen Recht nach den Abzug der *Falcidiæ* verbietten könne?
12. Wann der Erb die *Legaten* zubezahlen ermahnt worden, und die Bezahlung ein gantzes Jahr lang verschoben hat, ob er die *Falcidiam*, und all jenes, was ihm vermacht worden, verliehre?
13. Wann die Noth-Gebühr *legirt* worden, ob sie der *Falcidiæ* unterworffen seye?
14. Was Rechtens, wann einer Persohn Krafft eines *Statuti* etwas gebührt, also, daß solches ihr weder benommen, noch gemindert werden kan, ob die *Falcidia* Platz habe?
15. Ob der Ehe-Mann und Ehe-Frau in ihren Ehe-*Pacten* bedingen können, daß eines aus ihnen, so daß andere erbt, das Recht die *Falcidiam* abzuziehen nicht haben solle?

In dem vorgehenden Art. haben wir gehört, was die Falicidia seye, und wann dise Platz habe, jetzt in disem zweyten Art. werden Casus vorgestellt, wo die Falcidia nicht Platz hat. Deren der

1. Erste ist, wann der Erb kein Inventari gemacht hat, sonder die Erbschafft eigenmächtig ohne Beschreibung an sich gezohen hat. Diß kommt mit dem gemeinen Recht übereins in Novell. 1. cap. 2. §. 1. wo gesagt wird: Es soll also ein Inventari vom Erben gemacht werden, welcher fürcht, daß er villeicht nach bezahlten Schulden und Legaten die Falicidiam nicht bekomme. Aus Ursach, weilen das Gesätz solchen für verdächtig haltet, der das Inventari zumachen unterlassen hat, und gleichsam præsumirt, daß er einige Erbschafftliche Güther unterschlagen habe. Ja ein solcher, der die Erbschafft eigenmächtig anfallet, wird nicht allein des Beneficii Falcidiæ beraubt, sonder muß auch, wann die Mittel des Verstorbnen denen Legatariis, und anderen, welchen etwas besonderes vermacht worden, nicht erklecken, solche vor seinem Eigenthum abstossen. L. fin. Cod. de Jure delib. Eben diß ist zu sage wann zwar ein Inventarium gemacht worden, aber nicht zur Zeit oder auf solche Arth, wie es hätte geschehen sollen. dict. Nov. 1. cap. 2. Dann es ist eins, daß etwas gar nicht, oder nicht recht geschehe. Wir haben ein dergleichen Exempel gehabt in 3. Art. vorgehenden Tituls, wo wir gesagt haben, daß in Krafft die Codicillar-Clausul die Erben ab intestato, nach dem das Testament umgestossen worden, die Legaten und andere gemachte Vermächtnussen von Tods-wegen abführen, ja die Erbschafft als ein Fidei-Commiss, nach zuvor abgezogner Noth-Gebühr zuruck stellen müssen, doch wann sie ein Inventarium gemacht haben, dann nach unterlassnen Inventario, müsse sie die völlige Legaten, und andere Particular-Vermächtnussen abführen, und die vollständige Erbschafft ohne Abzug der Noth-Gebühr zuruck stellen, wegen eben obiger Ursach, weil sie nach laut der Novell. 1. cap. 2. verdächtig anscheinen.

Es ist zwar wahr, daß unser Art. nichts von der Schuldigkeit des Erbens die Legata aus eignen Mittlen zu bezahlen sage, wann er kein Inventari gemacht hat, weil er glathin verordnet, daß er alles bezahlen müsse, wann schon ihme aus der Erbschafft nichts verbleibt; Welches scheint ein Zeichen zu seyn, daß der Gesatz-Geber allein haben wollen, daß aus einer solchen Erbschafft er keinen Gewinn haben könne, nicht aber, daß er Schaden leiden solle an seinen eignen Mittlen, weil jedoch der Text in L. fin. §. 1. vers. cùm igitur Cod. de Jure delib. ausdrucklich sagt, daß jener, welcher sich ohne Inventari in die Erbschafft eingemischt allen Glaubigern, unter welche auch die Gloss. ibidem die Legatarios zehlet, Satisfaction verschaffen müsse, so folgt gantz recht, daß er auch von seinen Mittlen die Glaubiger und die Legatarios zu frieden stellen müsse, wie kurtz hernach vom Recht des Inventarii Art. 7. Tit. 5. mehrers folgen wird. 2.

Der andere Casus ist, wann der Testirer einem eine sonderbahre Sach mit der Condition vermacht hätte, daß solche Sach nachgehends von des Legatarii famili 3.

mili. nicht mehr kommen, oder veräussert werden könne. Kürtzer zu sagen, niemahl hat die Falcidia Platz, wann ein sonderbahre Sach mit Verbott der Veräusserung legirt worden, dann, wann von solchem Legat die Falcidia abgezogen werden könnte, so wäre solche Sach eben darum veräusserlich Novell. 119. cap. 11. wo gesagt wird, wann aber einer ein Testament macht, und eine andere unbewegliche Sach seiner Famili, oder einem anderen als ein Legat vermacht, und sonderheitlich gesagt hat, daß solche Sach zu keiner Zeit veräussert, sonder allzeit entweders bey denen Erben, oder bey dessen Erben, dem die Sach vermacht worden, behalten werden solle: Wir befelchen, daß in disem Legat die Falcidia nicht Platz habe; Der Text setzt die Ursach bey, weil der Testirer die Veräusserung selbst verbotten hat.

Man wird entgegen setzen, daß in disem Art. zu End enthalten seye, daß der Testirer den Gewalt nicht mehr habe, den Abzug der Falcidiæ zu verbietten. Und wir antworten, diß wahr zu seyn bey dem General-Verbott der Falcidiæ, weilen Krafft dises Art. solches Verbott durch unser Land-Recht aufgehoben, und die Sach nach dem alten Recht wider eingeführt worden. Aber dises Particular-Verbott, welches in der Novell. 119. cap. 11. enthalten ist, ist ausdrucklich von unsern Art. approbirt worden. Hernach wird in dem Casu unsers Art. eigentlich nicht vom Verbott des Testirers gehandlet, was den Abzug der Falcidiæ betrifft, sonder von dessen Willen, wodurch er eine Particular-Sach unveräusserlich machen will, welches ja einem jeden nach Belieben erlaubt ist, wann also der Testirer sagt, ich will, daß dise Sach, welche ich dir gib, legir, in deiner Famili verbleibe, oder, unveräusserlich seye, und vom Verbott des Abzugs der Falcidiæ kein Wort beysetzt, so hat nichts destoweniger solcher Abzug nicht Platz, weil eben darum, weil die Sach unveräusserlich gemacht wird, Krafft des Testirers Willen solche dem Abzug der Falcidiæ nicht unterworffen seyn kan.

4. Der dritte Casus ist, wann etwas zu milden Wercken vermacht worden, dann von disen wird die Falcidia nicht abgezogen; Wir haben Exempel in den Servis oder Knechten, denen die Freyheit vermacht worden. L. 4. ff. de in off. test. oder in den armen Gefangenen, denen das Loos-Geld legirt worden. Nov. 131. cap. 12. Auth. similiter Cod. ad L. Falcid. welches alldort auf alle milde Werck erstreckt worden, also zwar, daß solche Legata dem gemeinen Recht nach völlig abgeführt werden müssen, auch kein Beytrag von anderen weltlichen Legaten begehrt werden kan. Ignatius Rath. ad tit. Inst. de L. falcid. n. 72. wo er sagt, daß bey denen Legaten zu milden Wercken die Falcidia gar nicht Platz habe. Vid. Cævall. in special. com. contra com. quæst. 27. capell. Tolos. quæst. 23. Covarn. in cap. Rayculd. n. 7. X. de test. Tyraquell. de privil. piæ caus. priv. 27. Dißfalls aber thut unser Art. das Widerspiel verordnen, daß nehmlich erst alsdann die Legata zu milden Wercken von Abzug der Falcidia enthebt seyen, wann der Erb den vierten Theil der Erbschafft von anderen weltlichen Legaten und Vermächtnussen erlangen kan. Ein anders ist, wann die weltliche Legata so gering seynd, daß sie den vierten Theil der Erbschafft nicht ersetzen können. Es ist dise Sach dunckel, wird aber mit Exempel klärer werden. Unsers Erachtens ist das Absehen unsers Art. dises, daß, obwohlen die Legata zu milden Wercken von Abzug der Falcidia frey seyn müssen, nichts destoweniger doch dem Erben aus den weltlichen Legaten von der gantzen Erbschafft der gantze 4te Theil bezalt werden müsse. Wir setzen ein Exempel, daß einer in seiner Verlassenschafft 12000. fl. gehabt hab, welche er also in die Legaten und Vermächtnussen von Todswegen abgetheilt hat, daß die Helffte der gantzen Erbschafft denen milden Wercken zufallete, die andere Helffte aber denen anderen weltlichen Legaten: Weilen nun die Legata zu milden Wercken von Abzug der Falcidia frey seynd, so hat der ex Testamento, oder ab intestato kommende Erb von den weltlichen Legatarien sein gantzes Viertl der Erbschafft abzuziehen, also daß denen selben nur 2. Nutzen zufallen, zum Exempel, es seynd 4. Legatarii gewesen, zwey zu milden Wercken, zum Exempel unser lieben Frauen Stiffts-Kirchen, und St. Peters Kirchen zu München, dise beyde Kirchen bekommen die Helffte der gantzen Erbschafft, das ist 6000. fl. ohne alle Bürde und Abbruch. Die andere Helffte bekommen als ein Legat der Peter und Paul jeder mit 3000 fl. gewiß, Krafft dises Art. zieht der eingesetzte, oder ab intestato kommende Erb zuvor seine Falcidiam das ist 3000. fl., also daß jedem der weltlichen Legatarien die Helffte des Legats abgehet, und deren jeder nur 1500. fl. erlangt. Aus welchem folgt, daß die denen Legaten zu milden Wercken zustehende Befreyung zu mehrerer Beschwehrung der weltlichen Legatarien abziehle. Welches sehr hart zu seyn scheinet; Dann setze zu einem anderen Exempel, daß einer seine Erbschafft in 4. Theil vertheilt habe,

habe, also daß die milde Werck drey Viertl, das letzte Viertl aber der Titius als weltliche Persohn bekomme, gewiß, weil die milde Werck diß Privilegium haben, daß sie dem Abzug der Falcidiæ nicht unterworffen seyen, so lang der vierte Theil von der gantzen Erbschafft vom Erben aus weltlichen Legaten zu erhalten ist, so folgt daß dem Titio Krafft der Verordnung unsers Art. gar nichts verbleibt, weil sein vierter Theil dem Erben gebührt. Welches für wahr wo nicht unbillig, wenigist sehr hart ist. Unterdessen das Statutum standhafft zu beobachten, dem gemeinen Recht nach seynd anderen Meynungen, daß nehmlich jenes, was durch die Legata zu milden Wercken abgehet, der Erb büssen müsse, und nicht die weltliche Legatarii. Ignat. Rath. loc. cit. n. 66. wo er den den Salicetum ad Auth. similiter Cod. ad L. falcid. & Carpzovium. part. 3. const. 1. defin. 17. citirt. welches, diff. wann wahr ist, dißfalls ein grosser Unterschied unter dem gemeinen, und unsern Land-Recht zu machen ist. Uns kommt der Text in Nov. 131. cap. 12. sehr klar vor, daß die Falcidia, welche bey den Legaten zu milden Wercken nicht Platz hat, zum Schaden des Erben, und nicht der weltlichen Legatarien gereiche. Und dahero kommt uns wunderlich vor, daß, weilen der durchläuchtigiste Gesatz-Geber auf Erinnerung der Räthen inclinirte, die Legata zu milden Wercken, und weltlichen Legata, was den Abzug der Falcidiæ betrifft, über gleiche Hechl zuziehen, er durch disen Unterschied, ob die weltliche Legata, zum Abzug der Falcidiæ erklecklich seyen oder nicht, ein so harte und obscure Verordnung gemacht habe, daß unsers Erachtens besser gewest wäre der Räthen besten Einrathung zu folgen, als die Sach dahin zu bringen, daß leichtlich sich ein Casus ergeben kan, daß die weltliche Legatarii gar nichts bekommen, pur allein deßwegen, weilen die Erbschafft die Legata zu milden Sachen zu sehr erschöpfft worden. Ja erstlich folgete auch dise Absurdität daraus, daß, wann die gantze Erbschafft durch Particular-Vermächtnussen von Todswegen den milden Wercken zufallete, der im Testament eingesetzt, oder ab intestato kommende Erb dem gemeinen Recht nach nichts bekommen wurde. Wir haben gesagt dem gemeinen Recht nach, dann nach unsern Land-Recht hat der Erb einen grösseren Favor, also daß, wann er seine Falcidiam von weltlichen Legaten nicht erlangen kan, solche auch von Legaten zu milden Wercken abziehen kan. Und dahero, wann die gantze Erbschafft erschöpfft worden pur zu milden Wercken, so wird jedem nicht minder nach Proportion die Falcidia abgezogen, als, wann die gantze Erbschafft durch lauter weltliche Vermächtnussen von Todswegen für weltliche Leuth wäre vertheilt worden.

Man wird sagen, daß diß von dem Durchläuchtigisten Fürsten, als weltlichen Land-Herrn nicht habe verordnet worden können, weil die milde Werck, und deren Freyheiten von denen Päbsten, und Verordnungen der geistlichen Rechten abhangen. Und wir antworten, daß unsers Erachtens durch den weltlichen Fürsten verordnet werden könne, daß die Falcidiam sowohl von weltlichen, als anderen Legaten zu milden Wercken abgezogen werden könne, welches mit deme erwiesen wird, weil ein jeder Privat-Testirer befehlen kan, daß ein Erb die Falcidiam von Legaten zu milden Wercken abziehen soll. Cævall. com. cont. com. quæst. 27. n. 5. wo er den Ripam in L. nemo potest. n. 128. ff. de leg. 1. citirt. Was aber ein Privat-Mensch thun kan, das kan noch vilmehr das Gesatz oder der Gesatz-Geber thun. Die DD. bekennen, daß in Königreich Spanien ein solches Statutum gefunden werde daß der Abzug der Falcidiæ so wohl bey weltlichen als anderen Legaten zu milden Wercken geschehe; Wann also diß durch das Königliche Gesatz hat eingeführt werden können, daß allzeit und in jedwederen Fall die Falcidia von weltlichen und underen Legaten zu milden Wercken abgezogen werden kan, so hat noch vilmehr durch unser Statutum eingeführt werden können, daß die Falcidia bey Legaten zu milden Wercken Platz habe, wann die Falcidia von weltlichen Legaten nicht zu haben ist.

5. Und diß, was wir von den milden Wercken gesagt haben, das hat auch Platz in dem Fall, wann eine Particular Sach also vermacht worden, daß solche in des Legatarii famili verbleiben soll, und nicht verdussert werden kan. Dann ein solches Legat muß ja nicht mehr privilegirt seyn, als die Legaten zu milden Wercken, ja ich bin lang angestanden, wann ein solches Legat mit denen Legaten zu milden Wercken verhanden wäre, ob es nicht zuvor völlig zu Abführung der Falcidiæ verwendet werden könne, ehe etwas von denen Legaten zu milden Wercken könne abgezogen werden. Aus Ursach, weil ein Legat, welches in der Famili auffzubehalten befohlen wird, und also unverdusserlich ist, wahrhafft ein weltliches Legat ist; Es scheint aber, daß unsers Art. Absehen seye, daß von denen Legaten zu milden Wercken nichts abgezogen werden soll, so lang die Falcidia von weltlichen Legaten kan hergenommen werden, weilen jedoch

ein unveräusserliches Legat, und die Legaten zu milden Wercken unsere Statuten gleich halten, und erkennen, daß, wann von weltlichen Legaten die Falcidia nicht zu haben ist, die Legaten zu milden Wercken zu Erfüllung der Legitimæ gehalten seyen, so zweiffle ich nicht, daß des Gesatz-Gebers Absehen gewesen, daß sie zugleich die Falcidiam nach Proportion leiden müssen.

6. Wir haben doch gesagt, daß dise beyde privilegirte Legata nach proportion der Legaten die Falcidiam ersetzen müssen. Zum Exempel, dem Erben gebühren von der in 12000. fl. bestehenden Erbschafft für Abzug der Falcidiæ 3000. fl. setze nun, daß der Erb von weltlichen Legaten nur 2000. fl. habe erhalten können, er kan also die übrige 1000. fl. in Krafft unsers Art. von denen privilegirten Legaten abziehen. Jetzt setze weiters, daß unter denen privilegirten Legatarien seye der Titius, welcher vom Testirer eine kostbahre 1000. fl. werthe Sach mit dem Geding empfangen hat, daß solche in seiner Famili verbleiben und also unveräusserlich seyn soll, die übrige 9000. fl. aber denen zwey Kirchen zu München bey unser lieben Frau, und St. Peter vermacht habe, aber zu ungleichen Theilen, daß nehmlich die Kirch bey unser lieben Frau 5. und die Kirch St. Peter 4000. fl. haben soll. So ist unsers Erachtens Krafft der Regul Detrii die Falcidia also zu ersetzen, daß wir sagen, zehen 1000. fl. geben zu Ersetzung der Falcidiæ 1000. fl. wie vil giebt der Titius wegen 1000 fl. macht 100. fl. Item 10000. fl. geben 1000. fl. wie vil geben 5000. fl. welche die Mutter GOttes Kirch empfangen hat, macht 500. fl. Item 10000. fl. geben 1000. fl. wie vil geben 4000. fl. welche die Kirch St. Peter empfangen hat, macht 400. fl. und also wird von denen privilegirten Legaten die Falcidia für den Erben völlig ersetzt. Mehrere Exempel kan ihm einer machen, welcher nur wenig die Rechnungs Kunst verstehet.

7. Der 4. Casus ist, wann der Testirer einem legirt hat, was er ihm schuldig gewesen, dann von solchem Legat kan für die Falcidia nichts abgezogen werden. Aus Ursach, weilen wir in vorgehenden Art. schon gesagt haben, daß vor allem von jeder Erbschafft die Schulden abgezogen werden müssen, und hernach erst die Falcidia Platz habe. Weil nun ein solcher Glaubiger nichts bekommt, so ihme einen Gewinn brächte, sonder allein jenes erlangt, was sein ist, so ist an sich selbsten klar, daß solches Legat der Falcidiæ nicht unterworffen. Ein schönes Exempel haben wir in L. sed usus fructus. 81. §. 1. ff. ad L. falcid. wo gesagt wird, daß das legirte Heyrath-Guth seye der Falcidiæ nicht unterworffen, weil nehmlich das Weib das ihrige bekommt, dann wann man setzt, der Mann seye gestorben, so ist der Erb schuldig, dem Weib nach aufgehebter Ehe das Heyrath-Guth zuruck zu geben, bringt ihr also das legirte Heyrath-Guth nichts umsonst oder zum Gewinn zu, kan also auch von solchem Legat nichts abgezogen werden für die Falcidia, welches so wahr ist, daß, wann schon der Erb von anderen weltlichen Legaten die Falcidiam nicht erhalten kan, solches Legat doch mit anderen Legaten zu milden Wercken zur Erfüllung der Falcidiæ nicht mit angerechnet werden kan, aus Ursach, weilen die Schuld, und das Heyrath-Guth unter der Erbschafft nicht ist, und also davon nichts defalcirt werden kan.

Der 5. Casus ist, wann der Erb seine Falcidiam freywillig nachgelassen hat, welches Krafft unsers Art. zweyfach geschehen kan, erstlich wann er dem Testirer versprochen hat, daß er die Falcidiam nicht abziehen wolle. Oder 2. sich des Abzugs der Falcidiæ nach des Erblassers Todt freywillig verziehen hat. L. ult. Cod. ad L. falcid. Wo dise beyde Casus mit disen Worten enthalten seynd; Weil gewiß ist, daß der Erb, der dem Testirer versprochen die Legata völlig zu bezahlen, und bezahlt hat, die Bezahlung nicht mehr zuruck ruffen, und die Falcidiam abziehen könne, weil er scheint, den Willen des Testirers zu erfüllen; Wir befehlen auf gleiche Weiß daß diß, wann er cavirt hat, daß er alle Legata bezahlen wolle, für kräfftig gehalten werden solle, welches vor Altem in Zweiffel gezogen worden; Dann in beyden Fall, das ist, er habe bezahlt, oder über solches die Caution geben, scheint dergleichen einzurathen die natürliche Billigkeit. 8.

Man wird einwenden, daß diß vilmehr der 6. Casus seye, von welchem dict. L. fin. Cod. ad L. falcid. redet, das ist, wann der Erb freywillig die völlige Legata bezahlt hat, Krafft der Novell. 1. cap. 3. Wo ausdrucklich gesagt wird, daß der Erb, der die Legaten völlig bezahlt, den Abzug der Falcidiæ nicht zuruck forderen könne, ja daß der Erb, wann er einem das Legat völlig bezahlt, auch all andere Legaten völlig abführen müsse. Und wir antworten, obwohlen dise Casus unterschieden seynd, so werden sie doch einander gleich gehalten, dann, wie Baldus dict. L. fin. sagt, also muß der Erb ohne Abzug der Falcidiæ das Legat erkennen, der solches völlig zu bezahlen versprochen hat, gleichwie der, so völlig zahlt hat, als wolte er sagen, gleichwie der Erb, der ohne Abzug die Legaten hat, die Condictionem indebiti nicht hat, 9.

 also

also auch, welcher versprochen hat die völlige Legata abzustossen, der kan sich auch keinem Falcidiæ bedienen, sonder muß die Exceptionem doli, gewärtigen.

10. Unser Art. doch thut disen 6. Casum sehr bequemlich auslegen, ob nehmlich der Erb in facto geirret habe, vermeynend, daß ihme für die Falcidia ausser den Legaten, und anderen Particular-Vermächtnussen, noch Mittel genug übrig seyen, gehling aber sich Schulden ergeben haben, daß er den Abzug der Falcidiæ nicht mehr thun könne. Krafft der Wort: Er hätte dann verhofft, es werde ihm über völlige Bezahlung der Geschäfft, dannoch der vierte Theil überbleiben. Als wolte der Art. sagen, daß der Erb, welcher die völlige Legaten ex errore juris zahlt, wann er vermeynt hat, daß er die völlige Bezahlung thun müsse, vom Bezahlten nichts mehr zuruck begehrn könne: Wann aber die völlige Bezahlung ex errore Facti geschehen, ihme die Conditio indebiti nicht abzuschlagen seye, wie der Art. sagt: Weil er allein in der Rechnung, und nicht in Rechten geirret hat. Dann der error facti ist erträglich L. error. 9. Cod. ad L. falcid. Wo gesagt wird, error facti quartæ ex causa Fidei-Commissi non retentæ, repetitionem non impedit. item autem, qui sciens se retinere posse universum restituit, condictionem non habet, quin etiam si jus ignoraverit, cessat repetitio. als sagte gleichsam der Text, wann der Erb die völlige Legaten wissendlich oder ex errore juris bezahlt, so kan er nichts zuruck begehrn, wann er aber errore facti zahlt, wie wir ein Exempel gesetzt haben, da unversehens eine Schuld sich ergeben, hat die Condictio indebiti Platz. Wie alle DD. behaupten bey dem Text dict. Nov. 1. cap. 3. Dann absonderlich thut die Unwissenheit eines Facti entschuldigen, wann gehandlet wird, de damno vitando, und nicht de lucro captando. Dann solchen Falls allzeit der error facti entschuldiget. L. error cum L. seq. §. si quis. & §. fin. de jur. & fact. ignorantia.

11. Der 7. Casus dem gemeinen Recht nach, wann der Testirer den Abzug der Falcidiæ verbotten hat, Krafft des Text in auth. sed cùm testator Cod. ad L. falcid. Weil aber vor Altem dem Testirer nicht erlaubt gewesen, daß er den Abzug der Falcidiæ verbietten können, L. quod de bonis 15. §. 1. ff. ad L. falcid. L. si ut allegas. 11. Cod. eod. Deßwegen haben unser Land-Recht das neue Jus authenticarum corrigiert, und das alte wieder eingeführt, daß nehmlich dem Testirer nicht erlaubt seyn soll den Abzug der Falcidiæ zu verbietten, aus Ursach, weil in des Privat-Menschen Gewalt jenes nicht seyn soll, was mit Gesatz verordnet worden, umzukehren, und zu verbietten, daß solches in seinem Testament nicht soll Platz haben. Krafft des leg. nemo potest 51. ff. de leg. 1. Wo gesagt wird: Daß niemand machen könne, daß die Gesatz in seinem Testament nicht Platz haben sollen, absonderlich, weil weil favorabler ist das Testament, und die eingesetzte Erben, als die Legata und andere sonderbahre Vermächtnussen von Todswegen erhalten. Wie wir kurtz hernach von der Trebellianica sagen werden. Unter dessen ist hier ein Unterschied zwischen dem gemeinen und unsern Land-Recht anzumercken. Wann jedoch einer in Krafft dict. auth. dem gemeinen Recht nach ein Verbott machen will, muß er solches mit solchen Worten ausdrucken, damit wegen seines Willens kein Zweiffel seyn kan. Graff. §. falcidia. quæst. 10. per tot. Mant. de conject. ult. volunt. lib. 9. tit. fin. n. 18. Wohin wir den geneigten Leser anweisen.

Neben disen in unsern Art. erzehlten Fällen, in welche die Falcidia nicht Platz hat, seynd noch einige, welche wir kürtzlich beysetzen werden, und zwar

Der 8. Casus ist, wann der Erb um Bezahlung der Legaten erinnert worden, er doch noch ein gantzes Jahr die Abführung derselben verschoben hat. Dann solchen Falls thut er all jenes, was ihm vermacht worden, verliehren, und die Erbschafft, oder seine Erbschaffts Portion thut entweders denen Substituirten, wann er einige hat, zu fallen, oder in Abgang deren denen Mit-Erben zu wachsen, oder, wann auch keine Mit-Erben verhanden, fallt solche anderen Persohnen zu, welche den Willen des Testirers zu erfüllen parat stehen. Text. in Novell. 1. cap. 1. & auth. hoc. amplius. Cod de Fidei-Commiss. Ein einziger Casus wird ausgenommen, wann der Erb ein solcher ist, der die Noth-Gebühr zu forderen hat. Wie die DD. zu lesen seynd über dict. Novell. 1. cap. 1. & auth. hoc amplius, wo ein vollständigere Erzehlung der Persohnen geschieht, welche und in was Ordnung sie die Portionen des nachlässigen Erben bekommen. 12.

Der 9. Casus ist enthalten in L. scimus 36. Cod. de inoff. test. Wo gesagt wird, daß die Falcidia nicht abgezogen werde von jenem, was zur Noth-Gebühr legirt worden. Aus Ursach, weil die Noth-Gebühr dem natürlichen Recht nach man schuldig ist, wie eine andere Schuld, gleichwie nun wir schon oben gesagt haben, daß der Abzug der Falcidiæ nicht Platz habe, wann der Ehe-Frau das Heyrath-Guth zuruck legirt, oder einem 13.

als

als ein Legat vermacht wird, was er als ein Schuld vom Testirer zu forderen gehabt hat, also auch ist das Legat der Noth-Gebühr der Falcidiæ nicht unterworffen.

14. Aus welchem endlich für den 10. Casum folgt, daß, wann durch ein Statutum einer Ehe-Frau, oder Ehe-Mann, oder einem anderen also etwas gebührt, daß solches demselben nicht benommen, oder gemindert werden kan, die Falcidia nicht Platz habe? Aus Ursach, weil solches eine schuldig ist. Ign. Rath. de L. falcid. ad tit. 22. Inst. n. 83. Ein gleiches vermeynen wir, wann etwas einem Ehe-Theil in Krafft der Ehe-Pacten gebührt nicht auf Arth eines letzten Willen, oder von Todswegen, sondern in Krafft eines Contracts unter Lebendigen, weil die Falcidia, allein in Verordnungen von Todswegen, und nicht bey Contracten unter Lebendigen Platz hat, wodurch wann des Testirers gantzes Vermögen erschöpfft wird, so ist alle Erb-Einsetzung umsonst, folglich hat auch die Falcidia nicht Platz. L. successores 16. Cod. ad L. Falcid. Wo gesagt wird successores (sive potiùs, ut Glossa ibidem benè advertit, legendum est à successoribus) Legata vel Fidei-Commissa, si de alienum hæreditarium defuncti substantiæ fines occupaverit, Legis falcidiæ jussio peti, item Trebelliani S. L. præceptum exigi non concedit Wo Salicetus dises Gesatz also zusammen zieht: Wann die Schulden die gantze Erbschafft erschöpffen, so ist man die Legata abzuführen nicht schuldig, und hat die Falcidia nicht Platz.

15. Dahero letztlich einige aus Grasso in §. Trebell. quæst. 5. n. 5. disen Casum setzen, wann in den Ehe-Pacten unter den Ehe-Leuthen Pact-weiß bedungen worden, daß, wann ein Theil den anderen erbt, solcher das Recht nicht haben soll von den Legaten die Falcidia, oder von denen Fidei-Commissen die Trebellianicam abzuziehen, daß solches gehalten werden müsse. Diß aber hat keinen Bestand, weil nach unsern Land-Recht jenes, was in Ehe-Pacten auf auf den Tods-Fall pactirt worden, auf keine Weiß in Krafft eines Contracts gültig ist, sonder allein in Krafft eines letzten Willens, und deßwegen gelten die Ehe-Pacten nicht, wann nicht wenigst 5. Zeugen darzu gebraucht worden. Hernach ist des Grassi Meynung unsers Erachtens nicht so glatthin zu verstehen, dann diß seynd seine Wort: Was ist aber Rechtens, wann in den Ehe-Pacten ein Fidei-Commiss gemacht wurde, wie zu jetziger Zeit sich offt zutragt, kan wohl der Fidei-Commiss nach dem Todt die Trebellianicam abziehen? Ich antworte mit Nein. Also defendirt Baldus rubr. Cod. de revoc. his quæ in frand. credit. und hat keinen Widersprecher, aus Ursach, weilen der Abzug des vierten Theil zugelassen wird, damit nicht der Nahmen des Erbs umsonst seye, und der mit dem Fidei-Commiss beladene zur Erbschaffts-Antrettung angereitzt werde, und das Testament gelte: Welch alles weicht, wann Krafft eines Contracts die Restitution gemacht werden muß. Welcher Gestalten aber bey uns in den Ehe-Pacten durch einen Contract unter Lebendigen die Erbschafft könne eingeraumt oder der Erb ab intestato mit Legaten belegt, oder ein Fidei-Commiss gemacht werden, sehen wir nicht, weil all dergleichen Act auf den Tods-Fall geschehen, was aber auf den Tods-Fall geschieht, daß hat bey uns die Krafft eines letzten Willens, und gilt als ein Contract nicht. Was immer nun andersiwo im Brauch seyn kan, das hat bey uns fürwahr keinen Grund, gleichwie wir vermeynen sehr gewiß zu seyn, daß, wann der Mann in Ehe-Pacten dem Weib auf den Tods-Fall etwas vermacht hat, solches der Falcidiæ unterworffen seye. Aus Ursach, welche wir schon angeführt haben, und noch mahlen widerholen, weil solche Verordnung allein in Krafft eines letzten Willens gilt, ein jede Verordnung aber, welche von Todswegen geschieht, ist von der Falcidia nicht entfernet. Von der Trebellianica werden wir hernach reden.

Der dritte Articul.

IN denjenigen vierten Theil, davon hie oben gesagt, und zu Latein Falcidia genennt ist, würdet anderst nichts eingerechnet, weder was der Erb, Erb-Satzungs weiß, vom Testirer, oder Erblasser bekommen. Dahero wann dem Erben, auch ein Geschäfft, in demselben Testament, ausser der Erb-Satzung wäre verordnet, behält er dasselb was ihme solcher massen vermacht worden, zum Voraus, und zieht nichts destoweniger den vierten Theil von den Geschäfften (Darunter aber

aber auch das Seinig zu verstehen) hindan. Wo auch die Erbschafft entzwischen, ehe der Erb solche angetretten, etliche Nutzung ertragen hätte, so bleiben dieselben dem Erben, und werden in die Falcidiam nicht eingerechnet, sonder der vierte Theil würdet nichts desto minder von den Geschäfften abgezogen.

Summaria.

1. Was in die Falcidiam einzurechnen seye?
2. Wem die Früchten von denen Legaten zugehören, welche vor oder nach Antrettung der Erbschafft verfallen seynd?
3. Was Rechtens, wann der Erblasser befohlen hat, daß die völlige Legaten sammt denen vor Antrettung der Erbschafft verfallnen Früchten sollen abgeführt werden?

Zwey Fragen, werden in disem Art. vorgebracht, die erste ist, was in die Falcidiam einzurechnen, und die andere, wem die Früchten der Legaten zu gehören.

1. Was die erste Frag betrifft, wird geantwortet aus dem Text in L. quod autem 47. ff. ad L. falcid. Was aber gesagt wird, sagt der Text, daß, wann der Erb den 4. Theil hat, er die völlige Legaten bezahlen müsse: Das ist also zu verstehen, wann er das Viertel als ein Erbschafft hat. Also was einer Legats weiß vom Mit-Erben empfangen hat, das wird ihme in das Viertel der Falcidiæ nicht eingerechnet. Ein gleicher Text ist in L. in quartam 91. ff. eodem. wo gesagt wird: In die Falcidiam der Erbschafft, welche der Erb haben muß, werden eingerechnet die Sachen, welche er als Erb bekommt, und nicht, welche er als ein Legat oder Fidei-Commiss erlangt, dann dise werden in die Falcidiam nicht eingerechnet. Wann man nun setzt, daß der im Testament von einem solchen Erblasser eingesetzte Erb, der in der Erbschafft 12000. fl. hinterlaßt, als ein Legat von eben disem Erblasser 3000. fl. empfangen habe, welche den 4ten Theil der Erbschafft ausmachen, so ist der Erb nicht schuldig dises Legat in die Falcidiam einzurechnen, sonder kan solche nichts desto minder von den Legaten, und anderen sonderbaren Vermächtnussen abziehen; Welches doch der Art. also einschränckt, daß der Erb auch sein Legat in die Falcidiam mit einziehen, und von solchem den vierten Theil abziehen müsse, das ist 750. fl. also daß er von den übrigen Legaten mehr nicht als 2250 fl. noch weiters abziehen könne. Welches doch unsers Erachtens noch weiters zu limitirn ist, wann der eingesetzte Erb ein mildes Werck ist, zum Exempel ein Kirch, dann weilen die Legata zu milden Wercken der Falcidiæ nicht unterworffen seynd, so lang der vierte Theil von anderen weltlichen Legaten zu erhalten ist, so folget, daß solches Legat der Kirchen vollständig zu falle, und nichts desto minder 3000. fl. von denen übrigen 9000. fl. so zu anderen weltlichen Legaten und Vermächtnussen verwendet worden, abgezogen werden können. Was Rechtens seye bey der Noth-Gebühr, haben wir oben gesagt, und was Rechtens seye in der Trebellianica, werden wir kurtz hernach sagen.

Was die andere Frag belangt, ist solche allein von den Früchten zu verstehen, welche unter der Zeit verfallen seynd, ehe der Erb die Erbschafft antritt: Ehe der Erb die Erbschafft angetretten. Dann von disen Früchten verordnet unser Art. daß sie dem Erben zugehören, auch nicht in die Falcidiam eingerechnet worden. Dann ein anderes ist zu sagen von denen Früchten, welche nach angetrettner Erbschafft verfallen seynd, zu mahlen dise nicht der legirten Sach dem legatario in Krafft des letzten Willen gebühren. 2.

Was ist aber Rechtens, wann der Testirer gewolt, oder befohlen hat, daß die völlige Legaten, und andere Vermächtnussen, oder auch die vor beschehner Erbschaffts-Antrettung verfallne Früchten zugleich mit der legirten Sach sollen præstirt werden? Und obwohlen von diser Frag unser Art. nichts hat, so sagt doch Grass. §. Falcidia quæst. 13. gantz recht, daß des Testirers Willen müsse erfüllet werden, das ist, wann er sich lieber der Falcidia bedienen will, welche nach unserm Land-Recht nicht kan verbotten werden, so wird ihme die Action zu Erlangung seines Legats abgeschlagen, oder, wann er sein Legat behalten will, so muß er des Erblassers Willen erfüllen, und all übrige Legaten völlig abführen. Weil, wie wir oben gesagt haben, der Particular-Abzug der Falcidiæ von ein oder anderen Legat wohl verbotten werden kan, wann nur der Erb den 4. Theil erlangt, welchen bemelter massen er durch sein Legat der 3000. fl. schon hat. 3.

Wann man einwendet, daß der Erb seinen 4. Theil haben müsse Erb-Satzungs weiß, kan also der Erblasser nicht befehlen,

len, daß denen übrigen legatarien die völlige Legata abgeführt werden müssen. So antworten wir, welchen der Testirer beehret hat, den kan er auch im Testament beschwehren, er hat aber ihne mit dem Legat von 3000. fl. beehret, hat in also auch beschwehren können, daß er die übrige Legata bezahlen soll. Dann es wird præsumirt, daß solches Legat unter diser Condition gemacht worden, damit die übrige gantz verbleiben. Wann er also die Condition nicht erfüllet, so wird ihme gantz recht die Action; Um jenes zu erhalten, was er unter solchen Condition empfangen hat, abgeschlagen; Obwohlen wir bekennen, daß dise Frag ohne Zweiffel nicht seye.

Der vierte Articul.

Wann der Testirer, oder Erblasser ein Fidei - Commiss nicht etwann in einem gewissen liegenden oder fahrenden Stuck, oder in einer gewissen benennten Summa Gelds, sonder solcher Gestalt verordnet, daß der Erb, entweders die gantze Erbschafft insgemein, oder etliche Theil derselben, als einen halben, dritten, vierten, oder noch kleinern Theil, einem, oder ihrer mehr muß hinaus geben, so heissen solche Fidei-Commiss, gemeine durchgehende Universal-Fidei-Commiss, und wann durch dieselben die Erbschafft also erschöpfft wurde, daß der Erb nicht den vierten Theil der Erbschafft haben möcht, so hat er Macht von solchen Universal-Fidei-Commissen, der Proportion nach, den vierten Theil innen zu behalten, und solcher vierter Theil, würdet zu Latein Trebellianica genennt. Hätte aber der Erblasser nicht nur gemeine Universal-Fidei Commiss, sonder auch Legata, oder andere Particular-Geschäfft geordnet, so würdet die Falcidia von solchen Geschäfften, und die Trebellianica von den Universal-Fidei-Commissen, jedes Proportion nach, abgezogen; Wären aber die Universal-Fidei-Commiss auf ein künfftiges Geding oder Fall gestellt, so müssen diejenige, welche Particular-Geschäfft haben, dem Erben Caution leisten, im Fall er von den Früchten, die er vom Fidei - Commiss entzwischen biß sich der Fall begiebt, aufheben mag, und was der vierte Theil vom Fidei-Commiss allein treffen thut, nicht einen völligen vierten Theil, aller des Erblassers hinterlaßnen Gütheren bekommen wurde, sie ihme das übrig darauf sollen erstatten.

Summaria.

1. Was die *trebellianica* seye, und wann solche gebühre?
2. Was ein *Particular*-oder *Universal-Fidei-Commiss* seye?
3. Ob ein *particular-fidei-commiss* gemacht werden könne in einer beweg- und unbeweglichen Sach?
4. Wann die Erbschafft theils durch ein *fidei-commiss*, und theils durch die *Legata* erschöpfft worden, ob dem Erben der Abzug der *trebellianica* und *falcidia* gebühre?
5. Wann die *universal-fidei-commiss*, gemacht werden mit *condition*, ob der Erb die Früchten gewinne, oder solche in die *trebellianicam* einrechnen müsse?
6. Was für Früchten und Zinnß hier verstanden werden?
7. Was Rechtens, wann ein gantzes *corpus* zum Exempel ein Gestiet, oder Heerd Schaaff zu einem *fidei-commiss legirt* worden, ob nicht das Jung Vieh dem *legatario* gebühre?
8. Was Rechtens, wann der Erb sich wegen der Erbschaffts-Antrettung verweilt hat, ob ihm nichts desto weniger die Früchten gebühren?
9. Ob der Erb *in mora* seye, wann nicht ihme wegen Antrettung der Erbschafft lis *contestirt* wird?
10. Was für Früchten der *fidei-commissen*, vor oder nach angetretener Erbschafft genossen worden, der Erb, und was für eine der *fidei-commissarius* gewinne?
11. Was zu sagen seye von den Früchten eines mit *condition*, oder auf einen Tag gemachten *fidei-commiß*, wem solche zu kommen, dem Erben, oder dem *fidei-commissario*?

1. Jetzt fangt an unter disem Art. die Materi von der Trebellianica, wo dessen Beschreibung enthalten ist, und gesagt wird, daß die Trebellianica seye, und alsdann gebühre, wann der Testirer ein Fidei-Commiss macht, nicht in einer beweg oder unbeweglichen Sach, oder Guth, oder in einer gewissen Summa Gelds, doch auf solche Weiß, daß der Erb entweders die gantze Erbschafft, oder dessen einen Theil, nehmlich die Helffte, ein Drittel, Vierttel, oder noch weniger einem oder mehrern zuruck stellen müsse. Dann dise werden gemeine, General, und Universal-Fidei-Commiss genennt, und wann durch solche die Erbschafft also erschöpfft wird, daß dem Erben der vierte Theil nicht verbleibt, so ist er berechtigen von solchen Universal-Fidei-Commissen nach jedes Proportion den vierten Theil abzuziehen, und innen zu behalten und solch vierter Theil wird Trebellianica genannt, also beschreibt unser Art. von Wort zu Wort die Trebellianicam. Noch kürtzer beschreibt die Trebellianicam Perez sub tit. Cod. ad S. C. Trebellianicam und sagt, die Fidei-commissarische Erbschafft ist, welche durch ein Fidei-Commiss vom testamentlischen oder rechtmäßigen Erben angelassen wird, da nehmlich der im Testament benannte Erb, oder der Erb ab intestato ersucht wird, die gantze Erbschafft dem anderen zuzustellen, und diß entweders auf einen gewisse Tag, oder unter Condition. Dann der solcher Gestalten beladene Erb ist berechtigt, den 4. Theil der gantzen Erbschafft innen zu behalten, welcher Trebellianica, genennt wird. Welcher von dessen Nahmen und Ursprung mehrers wissen will, der lese die DD. welche über den tit. Cod. & ff. de S. C. Pegasano & Trebelliano schreiben. Wir verbleiben in den Schrancken unsers Art. Aus welchem

2. Klar erhellet. 1. Daß ein Unterschied zu machen seye unter Universal. und Particular Fidei-Commissen, dann die Particular Fidei-Commiss, wie wir schon oben wider einiger Meynung gesagt haben, werden denen Legaten gleich gehalten, und wird von solchen die Falcidia und nicht die Trebellianica abgezogen. Was diß aber für ein Unterschied seye, und was diß nach sich ziehe, werden wir in nachfolgenden sehen.

Erhellet. 2. Da ein Universal Fidei-Commiss seye nicht wann die gantze Erbschafft dem anderen zu gestellet werden muß, sonden, wann ein gewisser Theil der Erbschafft, das ist die Helffte, ein Drittel, Viertl, ein mehr oder weniger Theil zuruck geben werden muß, und daß die Particular Fidei-Commiss allein bestehen in einer Particular Sach, oder Sachen, und nicht in einer gewisen Erbschaffts Portion,

Erhellet. 3. daß ein Particular Fidei-Comiss nicht allein gemacht werden könne in einem Grund-Stuck und unbeweglich sonder auch in einer beweglichen Sach, ja auch in einer gewissen Summa Gelds. Die Ursach ist, weilen auch die Legaten in beweglichen Sachen gelten, also auch die Particular Fidei Commiss, welche denen Legaten gleich geachtet werden. 3.

Nun von disen Universal Fidei-Commissen ist in disem unsern Art. die Red, und wird verordnet, daß der Erb, der zur Ruck-Gaab der gantzen Erbschafft, oder dessen eines gewissen Theils condemnirt ist, den Gewalt habe nicht minder als von den Legaten und anderen Particular Vermächtnussen die Falcidiam abzuziehen.

Und dahero kommt es, daß, wann die Erbschafft theils durch ein Fidei-Commiss eines gewissen Erbschaffts-Theils, und theils durch die Legaten und Vermächtnussen erschöpfft worden, der beladene Erb die Falcidiam so wohl als die Trebellianicam abziehen kan: Die Trebellianicam nehmlich vom Fidei-Commiss, die Falcidiam aber von Legaten und anderen Vermächtnussen von Todswegen. Dann es gezihmt sich, daß der Erb den 4. Theil von des Verstorbnen gantzen Verlassenschafft habe, und also von denen Universal Fidei-Commissen die Trebellianicam, und von denenen Legaten die Falcidiam abziehe, doch anderst nicht, als, wie der Art. zweymahl wiederholt, nach Proportion, das ist, daß solch beyder Abzug nur den vierten Theil der Erbschafft ausmache, und nicht daß unter dem Titul der Tebellianicæ, ein Viertl, und unter dem Titul der Falcidiæ wider ein Viertl und also in der That die Helffte der Erbschafft abgezogen werden soll. 4.

Was ist aber Rechtens, wann die Universal Fidei-Commiss unter gewisser Condition gemacht werden? Hierauf antwortet der Art. daß 1. jene, welche mit Particular Legaten und Vermächtnussen beehret worden, von Erben begehren können, daß ihnen die Legaten oder Vermächtnussen abgeführt werden sollen. Sie müssen jedoch 2. eine Condition geben, daß, wann noch erfolgter Condition, aus denen währenden Condition verfallnen Früchten der Erb die Trebellianicam oder vierten Theil der Erbschafft nicht erhalten hat, oder aus dem Fidei-Commiss nicht ersetzt werden kan, sie von ihren Legaten oder Vermächtnussen den Abgang ersetzen wollen. Aus welchem folget 3. daß zwar der Erb währender Condition die Früchten beziehen könne, wie wir kurtz hernach sehen werden, doch nicht anderst, als, daß er solche 4. allein Sein mache, und gewinne, welche den vierten Theil der Trebellia- 5.

bellianicæ übersteigen. Dann 5. die empfangene Früchten müssen in die Tribellianicam eingerechnet werden. Weilen jedoch 6. geschehen kan, daß die empfangene Früchten die Trebellianicam nicht ausmachen, deßwegen ist der Erb berechtiget, 7. daß er vom Fidei-Commiss, welches er dem anderen zu zu stellen erbetten worden, auch die Trebellianicam, das ist, den vierten Theil abziehen kan. Und endlich 8. wann auch diser Abzug samt denen bezogenen Früchten den vierten Theil der gantzen Erbschafft nicht ausmacht (welches leicht geschehen kan, wann die Erbschafft mit Legaten und anderen Vermächtnussen zu sehr erschöpfft worden) so kan der Erb den Abgang von den Legaten, und anderen Vermächtnussen abziehen. Und diß ist der Verstand unsers Art. welcher, damit er klärer ausgelegt werde, wollen wir kürtzlich beyfügen, was wegen der Zinnß und Früchten der Legate und Fidei-Commissen Rechtens seye. Worüber ein gantzer Titul in Cod. lib. 6. tit. 47. verhanden ist. Und wird sich dises Tituls genauere Erleutherung bey dem 7. Art. ergeben.

6. Was nun die Zinnß und Früchten anbelangt, ist 1. zu mercken, daß wir hier die Zinnß, für jenes nehmen, was einer legirten, oder vermachten Sach Rechtmäßig zuwachset. Zum Exempel ratione moræ lucri cessantis, vel damni emergentis, und nicht so weit, als solches für einen unerlaubten und in Rechten verbottnen Gewinn genommen wird. Die Früchten aber seynd, welche aus der legirten Sach erlangt werden, wie das Getreyd aus den Aeckern, das Heu aus den Wiß-Mäderen, die Kälber von den Kühen, die Lämmer von den Schaaffen, die Garten Früchten von den Bäummen, und dergleichen.

Nun über dise Früchten und Zinnß 2. haben wir schon oben dise Regul gesetzt, daß, wann solche vor angetrettner Erbschafft verfallen seynd, dem Erben gebühren, aus Ursach, weilen vor angetrettener Erbschafft die Legata man nicht schuldig ist, also auch die Zinnß und Früchten nicht.

Dise Regul doch leidet zwey Ausnähm, der Erste ist, wann nicht ein Corpus, oder ein Universitas legirt worden, zum Exempel ein gantzes Gestiett, ein Heerd-Schaaf rc. zu mahlen Modest. in L. equis. 39. ff. de usur. sagt, wann als ein Fidei-Commiss ein Gestiett vermacht worden, nach des Erben Verweilung auch die Früchten gegeben werden müssen. Wann aber das Gestiett legirt worden, wann schon keine Verweilung geschieht, so gehört die Frucht zum Gestiett.

Der andere Ausnahm ist, welcher aus eben disem Text entnohmen wird, wann nehmlich der Erb wegen Antrettung der Erbschafft eine Verweilung begangen hat. Die Verweilung aber, wie in L. 32. ff. eod. gesagt wird, geschieht nicht in der Sach, sonder von der Persohn, das ist, wann der an gelegnen Orth und Zeit Angeforderte nicht bezahlt hat; Dann es soll in des Erben-Gewalt nicht seyn, daß ihme die späthere Antrettung der Erbschafft zum Gewinn, und anderen zum Schaden seyn solle. 8.

Jenes ist ausser allen Zweiffel, daß, 9. wann mit dem Erben wegen der Erbschaffts Antrettung der Stritt contestirt worden, er in der handgreifflichen Verweilung, und in mala fide seye. L. Legatorum 1. & L. ad versus 2. & L. in Legatis 4. Cod. de usur. & fruct. wo öffters wiederholter gesagt wird, daß auch die Zinnß oder interesse der Legaten, und deren Früchten, auch der Lied-Lohn der Diener von der Zeit der litis Contestation an müssen bezahlt werden, wann schon der Erb zuvor nicht in mora gewesen. Die Ursach ist, weil ein jeder Schuldner, wann er schon zuvor in bona fide gewesen, in malam fidem und Verweilung gesetzt wird von der Zeit der beschehnen Kriegs-Befestigung, ja er muß auch die Gefahr der legirten Sach auf sich haben. L. si homines. 3. mod. eod. und deßwegen verordnet unser Art. daß die Legatarii und andere Particular eben, wann der Erb wegen der bey gesetzten Condition, wegen dessen ungewissen Ausgang die Bezahlung verschieben will, ihme obbesagter massen Caution geben müssen.

Was die Früchten der Fidei-Commissen betrifft, wird ein gantz andere 10. Regul gemacht, durch den Unterschied, ob solche von beschwerten Erben empfangen worden vor der angetrettnen Erbschafft, oder nach. Im ersten Fall müssen sie dem Fidei-Commissario zu gleich mit samt der Erbs-Portion zu gestellt werden, L. ita tamen. 27. §. si servum 1. & L. deducta parte. 50. ferè per omnes §. ff. ad Treballian. wo gesagt wird, was immer der ligendten Erbschafft, durch die Früchten, Zinnß, oder Erbschafftliche Knecht Fleiß zuwachset, das alles muß dem Fidei-Commissario zu gestellt werden, In dem anderen Fall aber, verbleiben die nach angetrettner Erbschafft empfangene Früchten, und Zinnß dem Erben. L. in Fidei-Comissaria 18. §. 1. 2. 3. & L. postulante. 4. §. sed in hujusmodi 1. ff. eod. die Ursach wird in dict. L. 18. bey,

gesetzt, weil die vor angetrettner Erbschafft empfangene Früchten der liegenden Erbschafft zu gehen, und von der Natur der Erbschafft Theil haben, und deßwegen unter der Erbschafft begriffen seynd, deme folglich ist, daß der, so die Erbschafft zuruck geben muß, die vor angetrettner Erbschafft empfangne Früchten nicht anderst zuruck stellen müsse, als wann er wäre ersucht worden, auch dise zuruck stellen. Wie gar schön ausleget Ant. Perez. ad dict. tit. Cod. de usur. & fruct. legat. seu Fidei-Commiss. Weilen aber die angetrettne Erbschafft den Nahmen der Erbschafft verliehrt, und anfangt des Erben Vermögen gennent zu werden, so fallen billig die hernach empfangene Früchten nicht der Erbschafft, sonder denen Sachen zu, Krafft des Text in L. 18. ff. ad S. C. Trebell. eine andere Ursach gibt Marcell. in L. postulante 44. vers. sed, cùm Hæreditarios. ff. eod. wo er vom Hærede fiduciario redet, daß wann einer Erbschafftliches Geld auf Wucher gegeben hat, oder aus Erbschafftlichen Grund-Stucken die Früchten empfangen hat, er deßwegen jenem nichts zu geben habe, dem die Erbschafft als ein Fidei-Commiss vermacht worden, weilen nehmlich er solches Geld auf seine Gefahr auf Wucher gegeben, und mit seinen Fleiß und Mühe den Grund angebauet, und die Früchten eingesamlet hat, als wolt er gleichsam sagen, unbillig zu seyn, daß der Erb, der vor Ruck-Gaab der Erbschafft der Erbschafftlichen Sachen-Herr ist, nur gehalten werden solle für des anderen Sach-Walter, und seinen Fleiß Mühe und Arbeit bey Sammlung des Gewinns, Bewahrung der Aecker und Einschneidung der Früchten nur zum Dienst des anderen anwende. Doch wird ein merckwürdiger Ausnahm gemacht, wann nicht der Erb in mora gewesen, das Fidei-Comiss zuruck zustellen. dict. L. 18. & L. 44. ff. ad S. C. Trebell. weil die Verweilung macht, daß einer um alles interesse, ja auch um die Gefahr der Sach gehalten ist. Cap. unic. X. de commod. L. 5. §. sed interdum. ff. eod. L. si in asia. 12. & ibi. Wessenb. n. 8. ff. de condict. furt. L. 47. §. fin. ff. de legat. 1.

Eben diß ist zu sagen, von denen Früchten eines unter Condition oder auf gewisen Tag gemachten Fidei-Commiss, dann, wann die Condition sich ergibt, oder der Tag kommt, daß das Fidei-Commiss muß zu gestellt werden, so müssen die vor angetrettner Erbschafft empfangene Früchten und Nutzungen dem Fidei-Commissario zuruck gestelt werden. Welche aber sich erst nach angetrettner Erbschafft ergeben haben, die gewinnt der Erb, welche er doch in den 4. Theil der Trebellianicæ einrechnen muß, wie wir kurtz zuvor gesagt haben und ausdrucklich enthalten ist in dict. L. 18. §. 1. ff. ad S. C. Trebell. wann nicht der Erb aus denen Kinderen ersten Grads, Krafft des ausdrucklichen Text in L. jubemus. 6. Cod. ad S. C. Trebell. wo gesagt wird, daß denen Kindern ersten Grads, welche mit einem Fidei-Commiss beladen worden, die Früchten davon in die Trebellianicam nicht eingerechnet werden. Idem Ant. Perez. loc. cit. Graff. §. Trebellianica. quæst. 1. wo er n. 2. sagt: Obwohlen der Text in dict. L. jubenus 6. Cod. ad S. C. Trebell. allein redet von jenem Casu, da die zu Ruck-Gaab von einem Kind ersten Grads einem anderen Kind gleichen Grads als ein Fidei-Commiss geschehen muß, daß jedoch gleiches Platz habe, wann die Ruck-Gaab einem Kind eines weitern Grads, und einem von auffsteigender Lini, oder auch einem gantz Fremden geschehen muß. Eben dises approbirt auch Covar. in cap. Raynutius. §. 11. n. 4. X. de testam. welche von diser Materi mehrers sehen wollen, die lesen die DD. über bemelten Titul. Und den nachfolgendten 7. Art. 11.

Der fünffte Articul.

Die Trebellianica hat nicht Platz, wann ein Erb sich derselben, gegen dem Erblasser zuvor ausdrucklich verziehen, oder da er die Erbschafft ohne Inventari angetretten, und in sein Gewalt genommen, es wäre dann ein Kind im ersten Grad, das ist, ein Sohn oder Tochter; Aber kein Testirer hat Macht, den Abzug der Trebellianicæ aufzuheben, wann gar das Fidei-Commiss zu milden Gottseeligen Wercken wäre gemeint worden.

Sum-

Summaria.

1. Ob der Abzug der *Trebellianica* Platz habe, wann der Erb sich solchen verzeiht?
2. und 3. Ob der *Testirer* die *Trebellianicam* aufheben könne, auch bey einem zu milden Wercken gemachten *Fidei-Commiss*?
4. Warum der *Testirer* die *Falcidiam* bey den *Legaten* zu milden Wercken aufheben könne, nicht aber die *Trebellianicam*?
5. Ob die *Trebellianica* Platz habe, wann der Erb kein *Inventari* gemacht hat?
6. Ob die Kinder ersten Grads ein Sohn oder Tochter ein *Inventari* zu machen gehalten seyen?
7. Ob gleichwie in der *Trebellianica*, also auch in der *Falcidia* die Kinder ersten Grads ein *Inventari* zumachen nicht schuldig seyen?
8. Wann die Kinder ersten Grads-Erben seynd, ob die Früchten von *Legaten*, *Fidei-Commissen* rc. in die *Falcidiam* oder *Trebellianicam* verrechnet werden müssen?
9. Ob die Früchten der *Fidei-Commissen*, so unter *Condition* gemacht worden, denen Kinderen ersten Grads gäntzlich zufallen, ohne daß selbe in die *Trebellianicam*, oder *Falcidiam* verrechnet werden müssen?

Bey dem anderen Art. haben wir gehandlet, wo der Abzug der Falcidiæ nicht Platz habe, jetzt in disem Art. werden wir handlen, in welchen Fällen die Trebellianica nicht Platz hat.

1. Der erste Casus ist, wann ein Erb sich des Abzugs der Trebelianicæ verziehen hat, dann es kan sich zu tragen, daß einer eine gewisse Ursach habe, seine Erbschafft durch eines dritten sonst reiche Hand der dritten Persohn zu zu schieben, welcher will, daß solch dritte Persohn die Gutthat des Erben erkennen solle, thut also solchen Erben verbinden, daß, weilen er ohne das Mittel genug hat, sich des Abzugs der Trebellianicæ verzeihe, und also dem Fidei-Commissario die Erbschafft völlig zu gehe: Und dise Verzieht ist in allweg erlaubt, gleichwie wir auch oben gesagt haben, daß die Verzieht der Falcidiæ gelte, es mag solche der Erb dem Testirer, oder denen Legatarien gethan haben. Die Ursach ist an sich selbsten klar, weil ein jeder sich seines Favors verzeihen kan, und sonsten die Falcidia und Trebellianica gleichen Rechtens seynd, wann nicht unter solch beyden ein besonder Unterschied gemacht wird. L. Titia 15. ff. ad L. falc. L. jubemus 6. Cod. ad S. C. Trebell. aus welchen Texten erhellet, daß die von der Falcidia redende Verordnung, auch Platz habe in der Trebellianica, und welche glathin von der Trebellianica redet, auch Platz habe in der Falcidia. Von welcher Regul, und dessen Ausnahm zu lesen ist Cærall. com. cont. com. quæst. 27. per. tot. & Nicol. Everhard. in loc. leg. à falcid. ad trebell.

2. Obwohlen nun 2. dem gemeinen Recht nach sehr glaublich ist, und wir oben unter unsern Land- und dem gemeinen Recht in disem einen Unterschied gemacht haben, daß dem gemeinen Recht nach der Abzug der Falcidiæ vom Testirer verbotten werden könne, so führen doch sonderheitlich die neuere Rechts-Gelehrte durch die schnösten Ursachen aus, daß diß in der Trebellianica nicht Platz habe, welches wir weiters auszuführen unterlassen, weil diser Art. die Gleichheit zwischen der Falcidia und Trebellianica in beyden Fall, nehmlich das Verbott des Erblassers, und die Verzieht des Erbens mit ausdrucklichen Worten einführt, gleichwie um der Erblasser die Falcidiam nicht verbietten kan, also kan er auch die Trebellianicam nicht aufheben, und gleichwie dem Erben frey stehet, entweders zu Favor des Erblassers oder zu Favor der Legatarien sich der Falcidiæ zu begeben, also auch stehet dem Erben frey, solche Verzieht der Trebellianicæ zu Favor des Fidei-Commissarii zu thun.

Und dise Verordnung, daß der Testirer die Trebellianicam nicht verbietten könne, 3. hat Platz, wann schon das Fidei-Commiss einem milden Werck vermacht worden. Dann obwohlen wir oben gesagt haben, daß des Testirers Verbott wegen Abziehung der Falcidiæ unsern Land-Recht nach nicht gelte, weil in des Menschen Gewalt nicht seyn soll, machen zu können, daß die Gesatz in seinem Testament nicht Platz haben sollen, welches die Ursach ist, daß das Jus novellarum von unsern Land-Recht wider corrigirt, und das alte Recht wider angenommen worden, so ist doch alldort ausdrucklich beygesetzt worden, daß die Vermächtnussen zu milden Wercken vom Abzug der Falcidiæ frey seyn sollen, hier aber wird bey der Trebellianica das Wiederspiel verordnet. Daß, obschon der Erb gravirt worden, die Erbschafft einer milden Stifftung als ein Fidei-Commiss zuruck zustellen, er doch die Trebellianicam abziehen könne, wann schon beydes einschlagt, daß nehmlich der Fidei-Commissarius eine milde Stifftung ist, und der Erblasser den Abzug der Trebellianicæ verbotten hat: 3.

Welches besser zu verstehen, zuwissen ist, daß unter den Rechts-Gelehrten ein grosser Stritt seye, ob die Auth. sed cum Testa-

Testator. Cod. ad L. falcid. auch Platz habe bey der Trebellianica, und obwohlen sehr vile mit Ja antworten, als Jul. clarus in §. Testamentnm. quæst. 62. Graff. §. Testamentum. quæst. 62. n. 5. & 6. Gail. 2. Obs. 138. n. 15. Nicol. Everhard. loco à falid. ad Trebell. n. 3. wo er sagt, daß diß die gemeinere Meynung seye, doch halten andere darfür, daß die widrige Meynung wahrhaffter seye. Wie zu sehen ist bey Alicat. paradox. lib. 5. cap. 19. Cævall. com. cont. com. quæst. 28. Ant. Faber. de error. pragm. decad. 11. error. 6. wo er sagt, daß die Ausleger, welche behaupten, daß der Abzug der Trebellianicæ verbotten werden könne, nicht allein ohne Text, sonder auch ohne Vernunfft reden: Lese auch den And. Fachindum. controv. Jur. lib. 9. cap. 4. wo er gleichfalls sagt, daß jenes, was von der verbottnen Falcidia verordnet ist, auf die Trebellianicam nicht gezogen werden könne. Dann unter der Falcidia und Trebellianica ist diser Unterschied, daß die Falcidia zu Favor des Erblassers eingeführt worden, wie gesagt wird in princ. tit. Inst. de L. falcid. Es kan also der Erblasser, wann er will, sich solchen Favors verzeihen, und befehlen, daß von denen Legaten und anderen Vermächtnussen die Falcidia nicht soll abgezogen werden. Unterdessen doch wäre dem alten Recht nach die Sach gefährlich, daß nicht der Erb, der mit Legaten und anderen Vermächtnussen zu sehr gradirt worden, die Antrettung der Erbschafft abschlagete, und also das gantze Testameut und dessen Innhalt umwerffete, und des Testirers Willen umsonst machete. Hingegen aber geschieht der Abzug der Trebellinicæ zu Favor des Erben, und zwar durch Verordnung der Rechten. Es muß also im Gewalt des Testirers nicht seyn, dem Erben jenes benemmen zu können, was in Krafft der Gesatz zu seinen Favor eingeführt worden. Ein andere Ursach ist, daß das Verbott der Filcidiæ hat leichter zugelassen werden können, als das Verbott der Træbellianicæ, weilen Krafft der Auth. sed cùm der Testirer muß gewußt haben, in wem sein Vermögen bestehe, als wolte der Kayser sagen, der Testirer, welcher die Falcidiam verbiett, kan seyn Vermögen wissen, und dahero muß er erachtet werden, daß er von darumen das Verbott mache, weil dem Erben über die Legata und Vermächtnussen noch als ein Eerbschafft etwas verbleibe, wann er aber den Erben gravirt, daß er die Erbschafft dem dritten zustellen soll, so erkennt er eben darum, daß die Erbs-Einsetzung umsonst seye, weil, was mit einer Hand gegeben wird, durch das Fidei-Commiss ihme wider durch die andere Hand benommen wird, welches sehr gehäßig ist, und schnurstracks wider das S.C. Trebell. streittet. Scheint also, daß des Kaysers Absehen gewesen, daß das Verbott des Testirers wegen Abzug der Falcidiæ auf die Trebellianicam nicht zu extendiren seye.

4. Und disen Sentenz hat unser Art um so lieber angenommen, weilen oben in dem 2. Art. statuirt worden, daß auch durch des Testirers Verbott der Abzug der Falcidiæ nicht könne aufgehoben werden. Es ist zwar wahr, daß denen milden Wercken was den Abzug der Falcidiæ betrifft, ihre Freyheit verblieben, wo nicht gäntzlich, wenigst doch in so weit, daß der Abzug der Falcidiæ von den Legatis und Vermächtnussen zu milden Wercken, so lang nicht geschehen könne, als lang die Falcidia von weltlichen Legaten und Vermächtnussen zu haben ist, so ist doch glathin bey der Trebellianicæ statuirt, daß der vierte Theil könne abgezogen werden, so offt die Erbschafft als ein Universal-Fidei-Commiss, einem milden Werck zu kommt. Und daß diß also habe geschehen müssen, bringt die Vernunfft selbst mit sich. Weil bey dem Universal-Fidei-Commiss die gantze Erbschafft der milden Stifftung zu kommt, durch die Legaten aber nur particulariter und Stuck-weiß; Damit aber die Einsetzung des Erbens nicht gar umsonst seye, so hat sich geziehmt, daß der Abzug der Trebellianicæ universaliter verbotten werde, weil im Gegenspiehl der Abzug der Falcidiæ erst erlaubt worden, wann der Abgang von den weltlichen Legaten nicht hat können ersetzt werden. Wie wird alda weitläuffiger ausgelegt haben. Und diß ist dises beschwehrlichen Umstands die beste Auslegung.

5. Die vierte Ursach, wegen welcher die Trebellianica nicht Platz hat, ist, wann der Erb kein Inventari gemacht hat. Eben diß ist auch oben von der Falcidia gesagt worden, daß dem Erben dessen Abzug nicht gestattet werde, wann er kein Inventari gemacht hat, ob aber eben diß bey der Trebellianica Platz habe, seynd die DD. dem gemeinen Recht nach nicht einig, wie gelesen werden kan bey Vasquio. de success. creat. Lib. 1. §. 8. n. 14. Ant. Gabr. tit. ad trebell. conclus. 10. Dilect. Durand. de Art. test. tit. de substit. caut. 37. Covar. in cap. Raynutius. §. 11. n. 10. X. de test. Menoch. in remed. quorum Legat. n. 11. Ant. Gomez var. resol. tom. 1. cap. 5. n. 12. Gail. 2. Obs. 183. Da einige Ja, die andere aber Nein sagen. Unsere Land-Recht wollen, daß eine Gleichheit unter der Falcidia, und Trebellianica seye. Und deßwegen schlagen

sie

sie dem Erben die Trebellianicam ab, wann er kein Inventari gemacht hat. Und unsers Erachtens gantz recht; Dann wann wegen Unterlassung des Inventari die Præsumption ist, daß der Erb denen Legatarien und anderen etwas unterschlage war, um soll nicht eben dise Præsumption, ja vilmehr seyn können, daß der Erb ein Fidei-Commiss, dem Fidei-Commissario etwas unterschlagen könne.

6. Vile DD. haben einen Unterschied unter dem Erben, der ein Sohn oder Tochter ist, oder einen Erben von weitern Grad, oder anderen gar fremden Erben gemacht, wie zu sehen ist bey Graff. §. trebellianica. quæst. 7. per tot. aus der Ursach, weil nicht im Brauch ist, daß die Kinder ersten Grads ein Inventari machen, weil sie der Eltern Vermögen nicht gern prostituirn, damit nicht, wann solches klein ist, sie verachtet werden, oder wanns groß ist, sie beneidet werden, villeicht wegen des Text in L. Jubemus. 6. Cod. ad S. C. trebell. wo vor besagter massen die Kinder ersten Grads, so mit dem Fidei-Commiss beladen worden, nicht gehalten seynd, die Früchten in die Trebellianicam einzurechnen, wann schon der Testirer diß befohlen hätte, seynd auch nicht schuldig, Caution zu geben, daß sie das Fidei-Commiss zuruck stellen wollen, sonder bekommen die Trebellianicam von der Erbschafft gantz frey, mit Ausschluß, der zuvor empfangenen Früchten, und mit Ausschluß der denen anderen Erben obliegenden Caution. Zu mahlen das Gesatz zwey Stuck præsumirt. 1. Daß der Vatter so hart nicht habe gravirn wollen, wie andere Erben gravirt werden. Und 2. daß des Vatters Vertrauen gegen die Kinder ersten Grads grösser seye, als gegen andere Erben weiteren Grads, oder gegen gar fremde Erben. Und dise Meynung haben angenommen unsere Land-Recht, weil der Art. nach der Regul, daß der Universal-Erb die Trebellianica nicht haben solle, wann er nicht ein Inventari gemacht hat, ausdrucklich den Absatz beysetzt, wann nicht der Erb ein aus den Kindern ersten Grads nehmlich ein Sohn oder Tochter ist.

7. Was ist aber zu sagen, hat wohl eben diß, was hier von der Trebellianica gesagt worden, auch Platz bey der Falcidia, daß ist, daß die Kinder ersten Grads ein Sohn oder Tochter ein Inventari zu machen nicht gehalten seyen? Dise Frag ist von darum schwer, weil in dem 2. Art. dises Tit. die Machung des Inventari ohne allen Ausnahm erfordert wird. Weilen aber unsers Erachtens diser Ausnahm seinen Ursprung hat aus dem Text des L. Jubemus 6. Cod. ad S. C. Trebell. So zweifflen wir nicht, daß eben derselbe Text auch disen Ausnahm dem Erben ersten Grads bey denen Legaten und anderen Vermächtnussen von Todtswegen zulasse, wie bey denen Universal-Fidei-Commissen, Krafft des vers. illud etiam. dict. L. jubemus 6. Cod. ad S. C. trebell. wo gesagt wird: illud etiam ad monemus, ea quæ de falcidiæ portione non per redditus, sed per ipsas res hæreditarias retinenda, & de satisdatione Fidei-Commissarum concedenda diximus, non ulterius quàm in his personis, & casibus, quorum superiùs mentio facta est, oportere produci. Aus welchen Worten klar erhellet, ein gleiches Gericht zu fällen seye von der Falcidia, wie von der Trebellianica, weil sonsten dise beyde nach Lehr des Nicol. Everhard. loco à falcid. ad trebell. in allem gleich gehalten werden. Welches zu dem 2. Art. dises Tit. wohl zu mercken ist.

Und deßwegen folgt weiters, daß auch die Früchten von den Legaten, Fidei-Commissen, und anderen Particular letzten Willen in die Berechnung der Falcidiæ nicht kommen, wann die Kinder ersten Grads Erben seynd, es mögen solche Früchten vor oder nach der Erbschaffts-Antrettung verfallen seyn, weil der §. hic in dict. L. jubemus. 6. Cod. ad S. C. Trebell. ausdrucklich verordnet, daß der Abzug der Falcidiæ nicht minder, als der Abzug der Trebellianicæ von den Kindern ersten Grads aus der Erbschafft geschehen müsse, und dem Erben ersten Grads von den Früchten nichts einzurechnen seye, welches eine besondere Freyheit, und über die Kinder ersten Grads nicht zu extendirn ist. Diß aber muß also verstanden werden, wann der Erb ersten Grads die Früchten nach angetrettner Erbschafft bona fide empfangen hat, nicht aber wann er erinnert worden, und die Legaten, und Particular-Fidei Commiss zu bezahlen verschoben hat. Und also in mora ist, oder beklagt wird, und den litem contestirt, und nachgehends zur Bezahlung der Legaten und Fidei-Commissen verfället wird, dann ein solcher ist wegen eigner Schuld, Verweilung, und bösen Glauben keiner Entschuldigung würdig. 8.

Man wird fragen, was zu dem vorgehenden 4. Art. von dem Casu zu sagen seye, wo ein Fidei-Commiss, oder auch die Legaten, oder andere Vermächtnussen unter Condition, oder auf einen Tag gemacht worden, ob auch die von selben währender Condition, oder vor Ankunfft des Tags empfangene Früchten den Erben ersten Grads völlig zu fallen, also daß von solchen nichts 9.

nichts in die Falcidiam, oder Trebellianicam zu verrechnen ist? Und es scheint, daß diß also wölle die Glossa Supermatus ad. dict. L. jubemus. 6. Cod. ad S. C. trebell. in den Worten non per imputationem redituum. Wo sie sagt, daß durch disen Text der L. Papinianus. 8. §. unde si quis 11. corrigirt worden seye, welches doch die Glossa allda in dict. L. Papinianus wider unterscheidet, ob nehmlich ein Universal-Fidei-Commiss, oder eine Particular-Vermächtnuß von Todswegen gemacht worden seye auf einen Tag, oder unter einer Condition. In dem ersten Fall, wann solches gemacht worden auf einen Tag, vermeynt die Glossa, daß denen Kindern ersten Grads die Früchten zufallen, ohne daß solche in die Trebellianicam oder Falcidiam eingerechnet werden müssen: In dem anderen Fall, weil währender Condition die vile der Früchten ungewiß ist, kan billig in Zweiffel gezogen werden, ob nicht das Widerspihl zu sagen seye, weil leicht geschehen kan, daß währender Condition die verfallne Früchten die Trebellianicam oder Falcidiam weit übersteigen. Weilen aber der Text in L. jubemus. 6. Cod. ad S. C. trebell. glathin will, daß der Erb ersten Grads die Trebellianicam und Falcidiam von des Erblassers Vermögen abziehen soll, also daß ihme die Früchten alle verbleiben, so vermeynen wir, daß der Text unsers Art. ohne alle Subtilität, welche unsere Statuten hassen und fliehen, gantz General zu verstehen seye, daß nehmlich der Erb ersten Grads weder ein Inventari zu machen, noch die vor oder nach angetrettner Erbschafft unter Condition, oder auf Erfolg eines gewissen Tags schuldige, und bona fide empfangene Früchten zuruck zu geben, oder solche in die Trebellicanicam oder Falcidiam einzurechnen verbunden seye. Wir können kein andere Ursach geben, als daß diß der Favor der Kinder auswürcke, wie wir gleich sehen werden in nachfolgenden 6. und 7. Art.

Der sechste Articul.

Die Kinder, welche im ersten Grad seyn, ziehen erstlich von ihrer Eltern Erbschafft hinweg, ihr Legitimam, oder Noth-Gebührnuß gleichsam als ein Schuld, und von der übrigen Erbschafft, ehe und zu vor sie solche, dem, oder denjenigen, welchen sie Fidei-Commiss-weiß verlassen worden, zu stellen, ziehen sie auch wiederrum ab den vierten Theil, solcher übrigen Verlassenschafft; Ein gleiche Meynung hat es auch mit der Falcidia, dann wo die Erbschafft mit Legaten, und anderen Geschäfften also beladen, so nimmt ein Kind im ersten Grad, erstlich sein Legitimam hindan, und dann von der übrigen Erbschafft den vierten Theil, doch daß jeder Zeit in solchen vierten Theil, eingerechnet werde, was Vermög der Rechten, und sonderlich des obgesetzten dritten, und des hernach folgenden siebenden Articuls, in die Falcidiam oder Trebellianicam, einzurechnen ist.

Summaria.

1. Ob die Kinder als Erben ersten Grads, wann sie zu fast mit *legaten* und *fidei-commissen* beladen seynd, so wohl die Noth-Gebühr, als auch die *trebellianicam* abziehen können?
2. Ob dise Freyheit des doppleten Abzugs allein zustehe denen Kindern ersten Grads, oder auch denen aufsteigenden Erben, so die Noth-Gebühr zu forderen haben?
3. Ob auch denen Encklen diser dopplete Abzug gebühre?
4. Was Rechtens, wann mehrer Kinder seynd, und also der dopplete Abzug die Helffte weit übertrifft, ob solcher Platz habe?
5. Wie diser dopplete Abzug, oder vierte Theil zu verstehen seye?
6. Was Rechtens, wann das *testament* nichtig und *null* ist, Krafft der *codiciliar*-Clausel aber einem fremden Erben die Erbschafft *fidei-commiss*-weiß zugestellt werden muß, ob denen Erben *ab intestato* diser dopplete Abzug der *legitimæ*, und der *trebellianicæ* gebühre?
7. Ob die Kinder ersten Grads neben der Noth-Gebühr auch die *falcidiam* abziehen können?
8. Was in den Abzug solch doppleten vierten Theils einzurechnen seye?

In

1\. In disem Art. wird ein eintzige Frag gestellt, und beantwortet, ob nehmlich die Kinder, welche mit Fidei-Commiss, oder Legaten, und Vermächtnussen zu sehr beladen worden, ihre Noth-Gebühr, und zugleich auch die Trebellianicam, oder Falcidiam abziehen können? Dise Frag ist bey den Rechts-Gelehrten sehr strittig, einige machen einen Unterschied, unter dem Geistlichen und Burgerlichen Recht. Dem Geistlichen Recht nach lassen sie gemeiniglich zu, daß, wann mit Zuruckstellung der Erbschafft beladene Erb des Testiters Kind ist, welchem die Noth-Gebühr zu stehet, er einen doppleten Abzug habe, nehmlich der Legitimæ, so ihm dem natürlichen Recht nach gebührt, und der Trebellianicæ, Krafft des cap. Raynutius. 16. X. de test. dem Burgerlichen Recht nach aber daß nur ein eintziger Abzug erlaubt seye, probirn sehr vile aus dem schon offt citirten Text des L. jubemus 6. Cod. ad. S. C. Trebell. Welchen Text sie ohnaufstößlich nennen, wie zu sehen ist bey Graff. §. Trebellianica. quæst. 4. n. 1. und bey Vasquio lib. 2. de success. creat. §. 20. & §. eod. part. 4. Idem lib 3. §. 21. Aber schier alle bekennen, daß die Päbstlichen decision dict. cap. Raynutius, wodurch der dopplete Abzug gestattet wird, auch im Römischen Reich, ja gar in der gantzen Welt wegen allgemeiner Gewohnheit approbirt seye, weil sie billig, und zu Favor der Kinder abziehlet. Andere machen einen Unterschied, ob der Sohn ersucht worden, die Erbschafft gantz glatt, oder unter Condition, oder auf einen gewissen Tag zuruck zu stellen. In dem ersten Fall, lassen sie nicht zu, daß der glathin gravirte Sohn einen doppleten Abzug haben solle, weil wider die Recht ist, daß einer zu gleicher Zeit einen doppleten Abzug haben solle. Oder wie Grassius redet. Zumahlen in dem Fall, wo einer glathin beladen wird, zu einer Zeit zwey Quart zusammen kommen, welche von Rechtswegen begehrt werden können, deßwegen, weilen beyde zu stehen, und beyde ein Gewinn seynd, so wird, wann eine daraus erwählt worden, die andere aufgehoben. Ein anderes ist, wann einer unter einer Condition oder auf einen gewissen Tag die Erbschafft zuruck zu stellen beladen worden, weil nach verstorbnen Vatter die Noth-Gebühr ohne Bürde so gleich gebührt, und hernach erst, das ist, nach erfolgter Condition, oder erschienenen Tag das Fidei-Commiss zuruck zu stellen, die Trebellianica gebührt. Weil nun unter purn und conditionirten Fidei-Commiss kein Wahl ist, und beyder Abzug des vierten Theils zur zerschiedenen Zeit gebührt, so lassen sie den Abzug beyder Quarten um so leichter zu. Ein gantz andere Ursach ist, wann ein Sohn oder Tochter glathin befehlt ist, die Restitution zu thun, dann, weilen die Trebellianica Krafft der Recht in die Noth-Gebühr eingerechnet wird, und die Noth-Gebühr in die Trebellianicam. Gail. 2. obs. 121. So scheint ohnmöglich zu seyn, daß ein Sohn oder Tochter in einem puren Fidei-Commiss den doppleten Abzug haben könne, weil ein Viertel das andere gleichsam aufhebt. Dessen doch ohneractet laßt unser Art. denen Kinderen ersten Grads glathin den doppleten Abzug zu. Es mag der Auftrag geschehen seyn, daß die Restitution, Fidei-Commiss pur, oder unter Condition, oder auf gewissen Tag geschehen müsse, daß also unsere Land-Recht nach verworffenen allen Subtilitæten die Päbstliche in der Billigkeit gegründete, und wie wir zu vor gesagt haben, schier in der gantzen Welt angenommene Decision, gleichfalls approbirn. Wann also einer ein mehrers von dem cap. Raynutius 16. X. de test. lesen will, der lese den Vasquium. loc. cit. den Covarn. welcher tom. 1. de testam. §. 3. von der Legitima Trebell & Falicid deduc. viles hat, und einen gantzen tract. über das cap. Raynutius hat geschriben Guilermus Benedict.

2\. Doch thut unser Art. disen doppleten Abzug allein auf die Kinder ersten Grads einschäncken, gleichwie wir oben gesagt haben, daß durch den Text in L. jubemus 6. Cod. ad S. C. Trebell. allein die beschwerte Kinder ersten Grads dise Freyheit haben, daß ihnen die Früchten in die Trebellianicam nicht eingerechnet werden. Obwohlen nun die DD. viles disputirn, ob dise Freyheit des doppleten Abzugs auch denen Erben auffsteigender Lini, welchen auch die Legitimam man schuldig ist, zustehe, welches sehr vile behaupten, Covar. ad cap. Raynutius. §. 11. n. 6. Gail. 2. obs. 121. n. 10. Vasquius de success. creat. progress. lib. 3. §. 26. n. 36. Graff. loc. cit. n. 4. wo er sagt, daß von diser Meynung nicht abzuweichen seye, weilen die Eltern denen Kinderen in gewissen Stucken gleich seynd, und billig ist, daß die Eltern, so wegen des Tods der Kinder traurn, durch solche Portionen erfreyet werden: So ist doch diß unsern Art. nicht conform, welcher allein die Kinder ersten Grads ausnimmt, Krafft des dict. L. jubamus 6. Cod. ad S. C. Trebell. welcher Text auch allein denen Kinderen ersten Grads die Einrechnung der empfangenen Früchten in die Trebellianicam und Falcidiam nachlaßt, weil er zu Ende beysetzt, daß jenes, was oben gesagt worden, nicht weiters als auf diser Persohnen und Fäll, deren alldort gedacht worden, zu erstrecken seye.

3. Was ist aber von denen Encklen zusagen, welche unter dem Nahmen der Kinder besser begriessen seynd, als die Eltern, ob wohl auch ihnen der dopplete Abzug zugelassen seye? Und wir antworten mit Ja, dann obwohlen der Text in L. jubemus. und unser Art. von denen Kinderen ersten Grads reden, und die Encklen anderen Grads seynd, weil jedoch sie jure Repræsentationis bey den Erbschafften in ihrer verstorbnen Elteren Fußstapffen eintretten, sie mögen mit ihres Vatters oder Mutters Geschwistriaten anstehen, oder allein seyn, so können sie billig Kinder ersten Grads genennt werden, welchen dise Freyheit des doppleten Abzugs von Rechtswegen gebührt. Und also will die Glossa in dict. L. jubemns. sub lit. L. Joan Petr. Surdus consil. 77. n. 13. gewiß, wann die widrige Meynung wahr wäre, daß sich dise Freyheit auf die Enckle nicht erstrecke, so wurde ein ungemeine Confussion entspringen; Dann setze, ein Exempel, in dem Erblasser, der 12000. fl. im Vermögen hat, daß er einen Sohn hinterlasse, und aus dem anderen vorverstorbnen Sohn 2. Enckle, so ist ja für gewiß zu halten, daß der Sohn, und die 2. Enckle aus dem anderen Sohn Noth-Erben seyen, weil die 2. Enckle in ihres Vatters eintretten, und seine Persohn repræsentirn. Wann nun respective der Vatter, und Anher sie im Testament oder ab intesteto der Ordnung nach, das ist, den Sohn mit eignen Recht, und die Enckle in Stirpem zum Erbschafft zugelassen, sie aber beschwert hat, daß sie seine Erbschafft dem Titio zu stellen sollen, so kan gewiß niemand zweifflen, daß nicht die Enckle sowohl den doppleten Abzug haben nehmlich der Trebellianicæ und der Legetimæ, weil die Encklen aus dem vorverstorbenen Sohn mit ihrem Vatters-Bruder, was die Legitimam und den Erbschaffts-Grad betrifft, gleicher Gestalten berechtiget zu seyn erachtet werden. Gleichwie nun also der Sohn neben der Noth-Gebühr das Recht hat auch die Trebellianicam abzuziehen, er mag pur oder mit Condition, oder auf einen gewissen Tag beschwert worden seyn, also auch ist eben solches Recht denen Encklen, so Mit-Erben, zu zu eignen, damit nicht sonsten, absonderlich wann mehrere Erben Mit-Erben seynd, eine unauflößliche Verwürrung entspringe. Dann sihe, von denen 12000. fl. gebühren disen drey Persohnen für ihr Noth-Gebühr 3000. fl. das ist, der 4te Theil der Erbschafft, wovon der Sohn 1500 fl. und die 2. Encklen die andere 1500. fl. bekommen, weilen er mit eignen Recht, die aber jure Repræsentationis erben. Was verbleibt nun, so dem Fidei-Commissario zu zu stellen ist? Und wir sagen 9000. fl. wann der geneigte Leser will so streng seyn, daß er sich auf die Wort unsers. Art. beziehend allein den Sohn für ein Kind ersten Grads erkennen will, so wird solcher Sohn den Abzug der Trebellianicæ von 9000. fl. so 2500. fl auswürfft, allein bekommen, wo doch im Gegenspiel, wann die beyde Encklen mit selben gleichen Grads erachtet werden, sie disen weitern Abzug abtheilen müssen. Welch letztere Meynung wir als Rechtmäßig approbirn.

Der Rechts-Gelehrten gemeine Meynung ist, daß doch solch beyder Abzug die Helffte der Erbschafft nicht übersteigen könne. Welches sich zwar in disem Exempel verificirt, weil beyder Abzug mehr nicht als 5500. fl. auswürfft.

Wir wollen aber den anderen Casum setzen, daß einer 5. Kinder hinterlassen habe, und aus ein oder anderen Sohn, oder Tochter die Encklen, mit der Bürde, daß sie die Erbschafft dem Titio sollen zustellen. Gewiß dise Kinder, bekommen obbesagter massen die Helffte der Erbschafft zur Noth-Gebühr, das ist, 6000. fl. wann sie nun von der anderen Helffte der Erbschafft die Trebellianicam abziehen können, so ist nothwendig, daß sie noch weiters 1500. fl. bekommen, welches der 4te Theil ist von der anderen Helffte, das ist, der 6000. fl. und also übersteigen sie die Helffte um ein merckliches. Was immer nun die DD. in diser Materi disputirn, so thun wir, weil unser Art. den doppleten Abzug Generaliter zulaßt, es mögen 4. mehr, oder weniger Kinder seyn, allzeit solch beyden Abzug zulassen, obschon solcher die Helffte der Erbschafft übersteigt, weil nirgend verordnet zufinden, daß des Erben-Portion die Fidei-Commissarii-Portion nicht übersteigen könne, weil ein jeder solches durch seinen eignen Willen machen kan. Was nun einem Privaten erlaubt ist, warum soll solches nicht auch dem Gesatz erlaubt seyn? Hierüber seynd zu lesen Bernard. Græv. ad Gail. 2. obs. conclus. 122. consid. 1. n. 2. & 3. Fab. in Cod. ad S. C. Trebell. de fin. 4. n. 5. Fachin. lib. controv 5. cap. 3. Heig. part. 1. quæst. 32. n. 16. Grass. loc. cit. quæst. 4. n. 2. Covar. loc. cit. §. 23. und mehr andere von disen citirte. 4.

Es wird aber aus unserer Berechnung abgenommen, daß dise Regul, daß denen Kinderen ersten Grads nach unsern Land-Recht der dopplete Abzug gebühre, nicht also zu verstehen seye, als wann gleichsam der dopplete Abzug der gantzen Erbschafft, sonder es wird zwar die Noth-Gebühr von der gantzen Erbschafft genommen, wel- 5.

che

che nach Anzahl der Kinder entweders ein Drittel oder die Helffte ist; Für die Trebellianica aber wird allein genommen der vierte Theil von jenem, was nach abgezogner Noth-Gebühr als ein Fidei-Commiss zuruck gestellt werden muß. Grass. loc. cit. quæst. 4. n. 2. dessen ist die Ursach, weilen die Noth-Gebühr, welche natürliche Recht nach gegeben werden muß, wie eine Schuld ist, eine Schuld aber vor allem abgezogen werden muß und kan auch die Quantität des Fidei-Commiss nicht erkennt werden, wann nicht zuvor die Schulden abgezogen worden.

6. Was ist aber Rechtens, wann das Testament, in welchem ein Fremder als Erb eingesetzt worden, ist nichtig gewessen aus Mangel der Solenitæten, weil villeicht nicht 7. Zeugen gebraucht worden, oder ein anderer Substantial-Fehler eingeschlichen, und das Testament allein salvirt worden mit der beygesetzten codicillar Clausul, also daß die Erben ab intestato erachtet werden, erbetten worden zu seyn, dem eingesetzten fremden Erben die Erbschafft zu zu stellen, gebührt wohl solchen ab intestato kommenden Erben, wann sie Kinder ersten Grads seynd, der dopplete Abzug, nehmlich die Noth-Gebühr, und die Trebellianica? Hierauf antwortet Grass. loc. cit. quæst. 4. vers. quid si. daß der dopplete Abzug nicht gebühre; Und setzt bey, daß dise Meynung gemeiniglich approbirt seye, und sowohl in Schulen als bey Gerichterten recipirt seye. Weilen aber Grassus und andere Authores, welche er citirt, sich allein in deme gründen, daß die Erben ab intestato genennt werden pur obligirt, und also gleich zur Restitution ohne Verweilung verbunden seyen, dise Ursach aber den doppleten Abzug, welchen unsere Land-Recht zulassen, nicht hindert, weil der Art. solchen doppleten Abzug in dem purn Fidei-Comiss eben so zulaßt, wie bey einem condicionirten, oder auf einen Tag gemachten Fidei-Commiss, so sagen wir gantz recht, daß auf die gestelte Frag mit Ja zu antworten seye, dann, wann der Erb ersten Grads, so im giltigen Testament eingesetzt worden, disen doppleten Abzug thun kan, es mag das Fidei-Commiss pur, oder unter Condition, oder auf einen gewissen Tag gemacht worden seyn, warum soll nicht auch der Erb ab instestato solches nicht auch thun können? Gewiß, der behaupten will, daß dem gemeinen Recht nach in einem purn Fidei-Comiss niemahl der dopplete Abzug Platz habe, welches doch sehr vile wiedersprechen, so ist nothwendig, daß solcher hier einen Unterschied unter unsern Land- und dem gemeinen

diff. Recht anmercke, weil unser Art. wie wir gesagt haben, ohne allen Unterschied denen Kinderen ersten Grads disen doppleten Abzug zum besonderen Favor zulaßt.

Man wird aber fragen, ob auch die Kinder ersten Grads neben der Noth-Gebühr auch den Abzug der Falcidiæ haben? Diß wiederspricht Grass. §. Trebell. quæst. 6. n. 2. weil aber Grassus von der gemeineren Meynung der DD. redet, welche in einem zu milden Wercken gemachten Fidei-Commiss gar keinen Abzug weder der Falcidiæ noch der Trebellianicæ zulaßt, wer immehr als Erb eingesetzt worden, ein Kind ersten Grads oder ein weiterer Befreundter, oder gar ein Fremder, unser 5. Art. aber den Abzug der Trebellianicæ glathin zulaßt in jedem Casu, was immehr für ein mildes Werck das Fidei-Commiss bekommt, also daß weder der Testirer selbst den Abzug verbietten kan, so machen wir deßwegen gar recht den Schluß, daß diser Abzug noch vilmehr denen Kinderen ersten Grads zustehe, weil dise favorabler seynd, als die weitere Freund, oder die gantz fremde Fidei-Commissarii, wie wir schon bey dem 5. Art. weitläuffiger ausgelegt haben. 7.

In disem Art. wird beygesetzt, daß bey Auzug dises doppleten Viertels jenes allzeit mit einzurechnen seye, was wir oben bey dem 10. Art. 36. Tit. und in disem Tit. Art. 3. und 7. einzurechnen seye gesagt haben, welches zwar an sich selbsten klar genug und handgreifflich ist, und weitere Auslegung nicht nöthig hat. 8.

Man wird vorwerffen, weil unser Art. zu Ende verordnet, daß in solch beyden Abzug, welchen die Kinder ersten Grads besagter massen thun können, jenes eingerechnet werden müsse, was von Rechts-wegen einzurechnen ist, so folge aus vorbemeldten Krafft des Gailii loc. cit. Sentenz handgreifflich, daß solch beyder Abzug ohnmöglich seye; Dann obwohlen die DD. gemeiniglich wollen, daß die Trebellianica besser seye, als die Legitima, weil in die Noth-Gebühr mehr eingerechnet werden muß, als in die Trebellianicam, welches wir sehr in Zweiffel ziehen, doch, wann die Trebellianica völlig in die Noth-Gebühr eingerechnet wird, und die legitima in die Trebellianicam, so ist nothwendig, daß aus disen Abzügen einer aufgehoben werde, und also unsers Art. endliche Verordnung unnutzlich seye, daß in beyden Abzug jenes eingerechnet werden müsse, was in unterschiedlichen Articuln befohlen worden, daß eingerechnet werden müsse. Hierauf aber können wir leichtlich antworten, dann des

Gailii Meynung hat nicht anderst Platz, ausser in dem Fall, wo beyder Abzug verbotten wird, wie er selbsten am citirten Ort darfür halt, daß solche verbotten seye bey jedem pur gemachten Fidei-Commiss. disen doppleten Abzug zulaßt, so ist an sich selbsten klar, daß ein Abzug in den andern nicht könne eingerechnet werden, und folglich jenes, was sonderheitlich Krafft der citirten Art. in jeden Abzug einzurechnen ist, eingerechnet werden müsse, damit nicht sonsten der Fidei-Commissarius zu hart beladen werde. D. Gail. citirt zwey Leges, mit welchen er proprobiren will, daß die legitima in die Trebellianicam, und die Trebellianica in die legitimam verrechnet werden müsse, nehmlich L. quoniam 29. Cod. de inoff. Test. & L. in quartam. 91. §. 1. ff. ad L. falcid. aus disen beyden thut keines zur Sach nichts, weil keines vom Casu, wo beyde Abzug zugelassen ist, keine Meldung thut, ja unterschiedliche Auslegungen, welche gar zu weitläufftig wären, zulassen können. Wir hangen an denen Worten des Art. und lassen denen Kindern ersten Grads noch einmahl wiederholter massen den doppleten Abzug nehmlich der legitimæ, und der Trebellianicæ oder Falicidiæ glathin und ohne Unterschied zu, doch also, daß in beyden Abzug jenes eingerechnet werden müsse, was unsere Statuten in den citirten Art. befehlen, daß eingerechnet werden solle.

Der siebende Articul.

IN den vierten Theil Trebellianicæ würdet alles eingerechnet, was der Erb aus des Erblassers letzten Willen zu empfangen hat, wie das Nahmen haben mag, desgleichen die Nutz-Niessung, welche ein Erb von den Fidei-Commiss-Güthern, welche man erst auf einen gewissen Fall, von Handen geben, und restituirn muß, immittelst aufgehebt hat, und wann dieselben Nutz-Niessungen den vierten Theil, deren unterm Fidei-Commiss begriffenen Güthern, erreichen, oder übertreffen, soll der Erb weiter kein Trebellianicam abziehen, sonder die Güther völlig von Handen geben: Ebenfalls werden die Nutzungen eingerechnet, die ein Erb empfangen, nachdeme man von ihme, das allbereit angefallene Fidei-Commiss abgefordert. Ist aber der Erb ein Sohn oder Tochter, so kan man ihnen keine Nutzungen einrechnen, dann allein die jenige, die sie genossen, nachdeme sich der Fall des Fidei-Commiss begeben, und es auch von ihnen abgefordert worden.

Summaria.

1. Was in die *trebellianicam* eingerechnet werde, und ob der Erb das ihme vermachte *particular legat* in die *trebellianicam* einrechnen müsse?
2. Warum dises *legat* in die *trebellianicam*, und nicht in die *falcidiam* eingerechnet werden müsse?
3. Ob, und welch empfangene Früchten in die *trebellianicam* verrechnet werden müssen, und was deßwegen für ein Unterschied seye unter der *trebellianica* und *falcidia*?
4. Von wie vil Jahren die Früchten für die *trebellianica* genug seyen, daß gesagt werden könne, daß die *trebellianica* dadurch ersetzt worden?
5. Wann der Erb mit denen Früchten von fünff Jahren zu frieden sein will, ob für ihne die *Præsumption* seye, und er angehört werden könne?
6. Ob die Kinder ersten Grads, was die empfangene Früchten betrifft, zu keinen Beytrag oder Einrechnung gehalten seyen?
7. Wie vil *special*-Freyheiten die Kinder ersten Grads haben?
8. Wann der *testirer* einige schon eingeschnittne und eingeführte Früchten hinterlassen, ob solche dem *fidei-commissario* zu fallen?

1. OBen bey dem 3. Art. haben wir ausgeführt, was von Rechtswegen in die Falcidiam verrechnet werden müsse, jetzt in disem Art. wird verordnet, was in die Trebellianicam zu verrechnen seye, in welchem der handgreiffliche Unterschied unter der Trebellianica und Falcidia gefunden wird, daß, wann der mit einem Fidei-Commiss beladene Erb aus Verordnung des Testirers auch ein Particular-Legat, oder andere Vermächtnuß bekommt, er solches in die Trebellianicam verrechnen

nen müsse, weil der Art. ausdrucklich sagt, daß alles in die Trebellianicam eingerechnet werden müsse, was immer der Erb aus des Testirers letzten Willen bekommt, es mag solches Nahmen haben, wie es wolle. Wo in Gegenspiehl der Erb, der die Falcidiam abzieht, nicht gehalten ist ein Particular-Legat, oder Vermächtnuß in die Falcidiam zu verrechnen, welches er neben der Erbs-Einsetzung aus Gutthat des Testirers bekommt, wie bey dem 3. Art. wir oben gesagt haben, obwohlen solches Legat, welches der Erb neben der Erbs-Einsetzung erlangt, auch der Falcidiæ unterworffen ist, wie andere Legata. Diser Unterschied zwischen der Falcidia und Trebellianica hat seinen Grund in L. in quartam 91. ff. ad L. falcid. welchen Text der Barthol. also zusammen ziehet, in die Falcidiam wird eingerechnet, was einer aus Erb-Recht bekommt; In die Trebellianicam aber wird eingerechnet, was immer einer mit Recht aus Gutthat vom Testirer erlangt, was aber dessen die Ursach seye, haben vile Sorgfältig nachgeforschet, und weil die Sach sehr obscur ist, so bringt Wesenbec. in parat. ad tit. de L. falcid. n 5. dise Ursach bey, weil in L. falcidia verordnet wird, daß keiner über 9. Theil verlegirn kan, welchen Falls allzeit dem Erben der vierte Theil der Erbschafft verbleibt. Aber in dem S. C. Trebell. wird allein diß verordnet, daß einer, der mit einem Fidei-Commiss beladen ist, den 4ten Theil abziehen könnne, auf keine Weiß aber wird durch das S. C. Trebell. verbotten, daß man über 9. Theil kein Fidei-Commiss machen könne. Es haben also gantz recht die alte Rechts-Gelehrte darfür gehalten, und absonderlich Marcinianus in dict. L. in quartam ff. ad L. falcid. daß, weil des Verstorbenen letzter Will auf alle Weiß gehalten werden muß, dem mit einem Fidei-Commiss über 9. Theil ausmachend, beladenen Erben obliege daß er in die Trebellianicam einrechne, was immer er aus des Testirers letzten Willen nicht allein als Erb, sonder auch Legats-weiß bekommt. Weilen aber ex L. falcidia, dem Erben der vierte Theil von Rechtswegen gebührt, welches jedem Testirer bekannt seyn muß, so wird der Testirer erachtet, welcher dem Erben auch ein Legat gemacht hat, daß er gewolt habe, daß solches in die Falcidiam nicht soll eingerechnet net werden. Andere Ursachen bringen andere bey, und Cujac. obs. lib. 8. cap. thut den Text in dict. L. 91. also corrigirn, daß er den Unterschied unter der Falcidia und Trebellianica gäntzlich aufhebt, und vermeynt, daß in solch beyden Abzug nichts als was man Erbs-weiß bekommt, eingerechnet werden könne, welches unsern Land-Recht in dict. Art. 3. und disem unsern 7. Art. schnur stracks zu wider ist.

Mit einem Wort, diß ist des Unterschieds standhaffte Ursach, weil für den mit Legaten beladenen Erben die Præsumption ist, dann eben darum, weil der Erblasser gewußt hat, daß ihme als Erben 3. Viertel von der Erbschafft gebühren, scheint, er habe ein Legat beygelegt, daß er mehr als 3. Viertel haben soll. Der aber dem mit einem Fidei-Commiss beladenen Erben ein Legat beygelegt hat, wird præsumirt, diß in dem Absehn gethan zu haben, damit er ohne Schaden erhalten werde, und die Trebellianicam erlange, wann villeicht das Fidei-Commiss die 3. Viertel der Erbschafft überstiegen hat, welches wir doch des Lesers Verstand überlassen. 2.

Die andere Verordnung dises Art. ist, wegen denen in die Trebellianicam, einzurechnen stehenden Früchten: Dise Materi haben wir schon in vorgehenden 4. Art. sattsam ausgelegt, nichts destominder weillen in disem Art. sonderheitlich wieder enthalten ist, daß wenigst zu dem Ende, so weit die empfangene Früchten in die Trebellianicam zu verrechnen seynd, deßwegen wollen wir eine weitere Erleuterung geben. 3.

Und 1. zwar ist gewiß, daß die Früchten der legirten Sachen vor angetrettner Erbschafft dem Erben zu fallen, wann nicht ein allgemeines Weesen, so in vilen Cörpern bestehet, vermacht worden, weilen alsdann besagter massen die Früchte nicht als Früchten sonder als ein Wachsthum, und ein Theil des legirten Corporis zum Corpus gehören, ein widriges ist.

2. Bey den Früchten eines Fidei-Commiss, welche vor angetrettner Erbschafft empfangen worden, dise fallen dem Fidei-Commissario zu, welches der andere Unterschied unter der Falcidia und Trebellianica ist, von welchem unser Art. nichts sagt, dessen ist die Ursach, weil die Auflösung dises Unterschieds vilmehrs zu den 47. Tit. Cod. de usus. legat. & Fidei-Commiss gehört, als zur Einrechnungs-Materi. Dann was einer mit eignen Recht bekommt, das ist weder in die Falcidiam noch in die Trebellianicam einzurechnen, weil allein jenes einzurechnen ist, was einer aus Gutthat des Erblassers bekommt.

3. Aber obwohlen schon oben in 4. Art. klar genug verordnet worden, daß die Früchten eines Fidei-Commiss in die Trebellianica eingerechnet werden müssen, weilen doch unser Art. diß mit Nachdruck wiederholet, deßwegen wollen wir auch solches wiederholen, und sagen, daß 1. ein mit einem puren Fidei-Commiss, oder Legaten bela-

beladener Erb bey Abzug seines vierten Theils die nach angetrettner Erbschafft empfangene Früchten in die Falcidiam oder Trebellianicam einrechnen müsse. Ein gleiches 2. ist bey denen mit Conditionen gemachten Fidei-Commissen und Legaten, weilen solche sowohl in die Trebellianicam als Falcidiam eingerechnet werden müssen, in welchem die Erben, welche mit Universal-Fidei-Commissen, oder Legaten, oder Particular-Fidei-Commissen beladen worden, gleich seynd; Aber in disem bestehet der dritte Unterschied, unter solch beyden Erben, daß der mit einem Fidei-Commiss beladene Erb, wann von denen emsangenen Früchten etwas über die Trebellianicam, übrig ist, er solches gewinne, und mit dem Fidei-Commiss nicht restituirt werden darff. wann aber etwas von den Früchten der Legaten oder Particular-Fidei-Commissen übrig ist, so muß solches denen Legatariis oder Fidei-Commissariis zugestellt werden, oder damit wir klärer reden, der Uberschuß in den Früchten der dem Fidei-Commiss unterworffenen Güthern fallt dem Erben, und nicht dem Fidei-Commissario zu, wann aber die Früchten der Legaten die Falcidiam übertreffen, so gehört solcher Uberschuß dem Erben nicht, sonder denen Legatarien nach jedes Portion zu: Aus Ursach, weilen das Legat also gleich am Tag des Testirers Todt dem Legatario verfallet, und also mit den Früchten zu gestellt werden muß. Aber bey dem Fidei-Commiss wird der Erb durch die angetrettene Erbschafft Herr. Und deßwegen fallen die entzwischen erfolgende Früchten dem Erben zu, diß allein ausgenommen, daß er solche Früchten in die Trebellianicam, nicht minder einrechnen müsse, wie der mit überflüßigen Legaten beladene Erb die Falcidiam in den Früchten zuruck behalten kan. Wann aber aus den Früchten der Legaten etwas übrig ist, solches gewinnt der Erb nicht, sonder muß denen Legatarien zugestellt werden, welches mit deme bestättiget wird, weil der Erb so lang in bona fide ist, als lang von ihm das Fidei-Commiss, nicht verlangt wird, und also als ein Possessor bonæ fidei die Früchten sein macht, hingegen der mit Legaten beladene Erb ist also gleich in mala fide, wann er dise zu bezahlen sich weigert, lese die Text in L. mulier 32. & in L. fidei-commissariam. 18. ff. ad S. C. trebell. welche vom Recht der Trebellianicæ reden, und in L. quod de bonis. 15. §. fructus prædiorum. ff. ad L. falcid. welcher von den Früchten der Legaten redet. Diß aber ist bey einem Fidei-Commiss der merckwürdige Ausnahm, daß, wann der Erb wegen Zustellung des Fidei-Commiss erinnert worden, und die Sach verweilet hat, oder wann er vermeynt hat, er habe ein rechtmäßige Verweigerungs-Ursach, so dann beklagt, und zur Restitution condemnirt worden: Dann von der Zeit der Verweilung, oder von Zeit der beschehnen Condemnation, hat auch der Erb kein rechte Ursach, ja von der Zeit der Kriegs-Befestigung muß er nicht minder vom Fidei-Commiss, die Früchten zuruckstellen, als der mit Legaten beladene Erb. Aus Ursach, weilen, gleichwie bey den Legaten der Tag für den Menschen anmahnet, und also der Erb die Früchten zuruck stellen muß, also auch der Erb, wann er vom Menschen um die Zustellung des Fidei-Commiss ermahnt worden, und die Sach verweilet, muß auch die Früchten zuruck stellen; Also noch vilmehr, wann er durch einen Sentenz hierzu condemnirt worden.

Ubrigens macht Ant. Faber allda de fin. 18. dise Frag, von wie vil Jahren die Früchten zur Trebellianica nöthig seyen, daß durch die Früchten die Trebellianica ersetzt worden zu seyn, gesagt werden könne; Welches zu verstehen ist von denen Früchten unter Condition, oder auf einen Tag, dan die übrige vor der begangnen Verweilung verfallne Früchten gehören dem Erben zu? Und es antwortet eben Ant. Faber daß 5. Jahr genug seyen, aus Ursach, weilen die Früchten also pflegen eingerechnet zu werden, daß sie wie das Interesse a 5. per Cento erst im zwantzigsten Jahr den Werth der Güther ausmachen, dessen Zeit der vierte Theil, welcher mit dem vierten der Theil der Güther correspondirt, in 5. Jahren eingeschränckt, und beschlossen wird. Seind die Wort des Ant. Fab. loc. cit. Als wolt er gleichsam sagen, die zwantzig Jährige Zinnß machen das Capital aus, welches gantz klar ist, weilen mehr nicht als 5. per cento für passirliche Interesse zu gelassen wird, fünff mahl 20. aber just 100. ausmachen; Wann also einer fünff Jahr lang den erlaubten Zinnß bekommen hat, ist nothfolglich, daß gesagt werde, daß er den vierten Theil bekommen habe, welche für die Trebellianica gebührt, das ist, für den 4. Theil der Erbschafft. Wir lassen dise compendiose Regul in Erbschafften, welche in blossen Geld bestehen, gern zu, dise aber auf die Früchten der Erden, Vieh, Bäum und dergleichen zu erstrecken ist sehr gefährlich, weil die Einkünfften aus solchen Früchten sehr ungewiß seynd, und auf die 5. per cento nicht verglichen werden können: Dann es kan geschehen, daß in ein oder anderen Jahr dergleichen Früchten das Interesse 5. per cent doppelt, oder dreyfach übersteigen, oder es kan geschehen, daß durch Raiff, Hagel, oder durch anderes Unglück die Früchten völlig zu Grund gehen,

gehen, daß unbillig wäre, daß man die Rechnung machete nachdem Interesse mit 5. pro cent absonderlich, weil die wahre Quantität der empfangenen Früchten leicht bekannt seyn kan. Wir vermeynen also es seye eine wahre Prob vonnöthen, wie vil der Erb aus den Früchten der Legaten, oder des Fidei-Commiss unter der Zeit, wo er solche hat gewinnen können, erlangt, und in seinen Nutzen verwendet habe, und dise Quantität muß in die Falcidiam oder Trebellianicam eingerechnet werden, ohne daß man aufs geringste auf das Interesse à 5. pro cento sehe.

5. Wann man fragt, ob nicht wenigst für den Erben die Præsumption entspringe, wann er denen Legatarien, oder auch dem Fidei-Commissario zu lassen will, daß er mit den Früchten von 5. Jahren zu frieden seyn wolle, und einen weiteren Abzug nicht verlangete? Und wir vermeynen, man könne mit Ja antworten, dann weilen nicht allein im Reich das Interesse mit 5. pro cent von darum zugelassen worden, weil præsumirt wird, daß die Früchten jedwederer Sachen selten das Interesse à 5. pro cento übersteigen, so folgt gantz recht, daß der Erb anzuhören seye, welcher für die Falcidia, oder Trebellianica den Abzug der Früchten von 5. Jahren zugiebt, wann nicht die Legatarien oder der Fidei-Commissarius probirn wollen, daß die Quantität der Früchten von solchen 5. Jahren die Falcidiam oder Trebellianicam mercklich übersteigen. Wir haben gesagt merchlich. Weil man sich um was weniges nicht bekümmert, damit nicht die Stritt mit Stritt überhäufft werden.

6. Letztlich wird in disem Art. wiederholt, was schon oben weitläuffig erleuthert worden, nehmlich daß die Kinder ersten Grads den Abzug der Früchten, welche sie währender Condition, oder biß Ankunfft des Tags empfangen haben, nicht verrechnen darffen, weil ihnen dise Freyheit gelassen wird, daß sie die Falcidiam und Trebellianicam, von der Substanz der Erbschafft abziehen können, und also, was die empfangne Früchten betrifft, sie zu keiner Einrechnung gehalten seyen, welches zuvor schon überflüßig ausgelegt worden, wo wir eben dise Freyheit auch auf die Encklen aus handgreifflichen und standhafften Ursachen extendirt haben. Es scheint aber, daß Gailius so streng seye, daß er auch die Encklen ausschliesse, welche doch uns anderst nicht probirt wird, ausser sie erben aus eignen Recht, und nicht Jure Repræsentationis. vid. Gail. 2. obs. 133. per tot. zumahlen sie solchen Falls mit denen Kindern ersten Grads sich gleichen Rechts bedienen, und in die Stell ihrer Elteren eintretten.

Gemeiniglich sagen sie, und erhellen aus bißherigen klar genug, daß denen Kinderen ersten Grads 3. sonderbare Freyheiten zu stehen, die erste ist, daß sie die Falcidiam oder Trebellianicam nicht verliehren, wann sie schon kein Inventari gemacht haben. Die andere ist, daß die Eltern ihnen die Trebellianicam nicht verbietten können, welches bey uns nichts besonders ist, weil ein allgemeine Verordnung obhanden, daß keinem der Abzug der Trebellianicæ, ja auch der Abzug der Falcidiæ völlig verbotten werden könne. Und endlich die dritte ist, daß der Erb die währender Condition, oder vor angescheinten Tag empfangene Früchten in die Falcidiam oder Trebellianicam einzurechnen nicht gehalten seye, wann er ein Kind ersten Grads ist. Ja, daß nicht einmahl der Erblasser die Einrechnung solcher Früchten ihnen auferlegen könne. Weil der Text in L. jubemus 6. Cod. ad S. C. trebell. ausdrucklich sagt, daß die Falcidia und Trebellianica ihnen von der Substanz der Erbschafft gebühre. 7.

Unter dessen ist dises gewiß, daß, was hier von den Früchten geredt wird, allein zu verstehen seye, wie wir öffters erinnert haben, von den Früchten, welche nach angetrettner Erbschafft währender Condition, oder vor der Tag erschienen ist, eingetahn worden, dann, wann der Erblasser Früchten hinderlassen hätte, welche schon vor seinen Todt eingeschnitten, und in sein Scheurn gebracht, oder villeicht als ein Schatz auf seinem Boden aufbehalten worden, dise seynd wahrhafft des verstorbnen Erblassers Vermögen, und fallen dem Fidei-Commissario zu, doch also, daß sie die Erbschafft vermehren, und also dem Erben, wann die Erbschafft durch Legaten oder Fidei-Commiss erschöpfft worden, den Abzug der Falcidiæ oder Trebellianicæ desto fetter machen. Welch alles an sich selbsten klar genug ist, wer von diser Materi mehrers lesen will, der wird Satisfaction bekommen, von Anton. Peregrin. tract. de Fidei-Commiss Art. 49. n. 20. Joan. Bapt. Cost. quæst. 28. n. 8. tract. de rata. Menoch. de Arbit. Jud. Cas. 256. Pet. Surdus decis. 25. Raudens. decis. 22. n. 61. & seq. Wir schreitten also zum letzten Art. 8.

Der

Der achte Articul.

Begeben sich aber andere Fäll, die Testament, und letzte Willen betreffend, welche in die hievor gesetzten Tituln, und Articuln nicht begriffen, derenthalben auch kein sonderbare kundliche Gewohnheit, Freyheit, oder sonderbare Recht an einem oder anderen Ort, nach Innhalt des 16. Articuls 34. Tituls verhanden wären, die sollen nach gemeinen Kayserlichen Rechten entschieden werden.

Summaria.

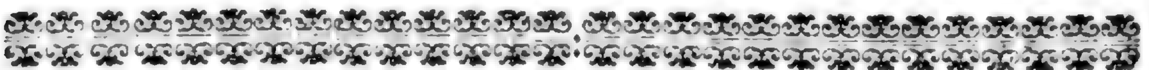
1. Welcher gestalten in *Testaments*-Sachen man dem gemeinen Recht nachgehen müsse, wann kein sonderbares Recht, oder *Statutum* obhanden ist?

2. Ob die Gewohnheiten, *Observanzen*, und Freyheiten zu *approbi*ren seyen, welche nicht in bekannten Schwung gehen?

DIser Art. hat nichts anderes in sich; als daß in Testaments-Sachen man dem gemeinen Recht nachgehen müsse in Fällen, welche in unsern vorgehenden Articuln und Tituln sonderheitlich nicht begrieffen seynd, welches an sich selbsten klar ist, weil aus Mangel eines Special-Rechts oder Statuts allzeit der Regress auf das gemeine Recht zu nemmen ist.

Wir könnten hier noch etliche sonderbare, bey unsern Gerichten offt fürfallende Fragen unsern Gebrauch nach beysetzen, es ist aber das Werck wider unser Absehen auch mit Nothwendigkeiten so groß angewachsen, und die Materi der Testamentern ist so weitläuffig, daß solche nach Meynung des Covaruviæ einen gantzen Menschen, der auch sonsten von allen Geschäfften frey wäre, durch sein gantzes Leben zu schaffen geben kan, welches wahr zu seyn wir vermeynen.

Doch thut unser Articul die Ge- 2.
wohnheiten, und sonderbare der Orten Freyheiten in Conformität des 16. Art. 34. Tit. approbiren, wo sonderheitlich diß gesagt worden, daß doch solche Gewohnheiten, oder alte Observanzien, oder Freyheiten in bekannten Gebrauch seyn sollen, daß es ist gar offt erfahren worden, daß mehrere Verderbungen, als löbliche Observanzien eingeschlichen seyen, und daß, da die Vorlegung der Privilegien begehrt wurde, nichts als alte Mauß bissige, verfaulte Bücher ohne Sigil und Unterschrifft vorgelegt worden.



Des XXXIX. Tituls

Von Erbschafften der unehelichen Persohnen.

Erster Articul.

DEr unehelichen Kinder seyn fürnemlich dreyerley; Etliche seyn aus zweyen ledigen Persohnen, die beyde damahlen, als sie die Kinder erzeugt, ein ander zur Ehe nemmen mögen, gebohren worden, und die Mutter in offner Unzucht nicht gelebt, oder sonsten gemein gewesen, welche gemeiniglich natürliche Kinder genennt werden. Andere aber seyen, die gleichwohlen auch aus zweyen solchen Persohnen, die ein-

einander ehelichen mögen, gebohren, doch die Mutter in offner, und gemeiner Unzucht gelebt, also man nicht eigentlich wissen kan, welcher der Kinder rechter Vatter ist. Dann zum dritten seyn etliche, welche aus verdammter Geburt, das ist, von solchen Persohnen herkommen, die zur Zeit der geübten Leichtfertigkeit ein ander zur Ehe nicht nemmen könnten. Als da seyn der Priester, oder eingegebner verliebter Closter-Leuth Kinder, Item die im Ehebruch (es sey gleich der Vatter oder Mutter allein, oder beyde zumahlen Ehe-Leuth) oder mit Blut-Schand erzeugt seyn, oder dergleichen, deren Eltern vermög der Geistlichen Rechten, wie gemeldet, nicht könnten zusammen heyrathen.

Summaria.

1. Welche uneheliche Kinder genennt werden, und wie vielerley Gattungen deren es gebe?
2. Ob unter den natürlichen Kindern jene begriffen seyen, welche im Ehebruch gebohren?
3. Ob erlaubt seye eine Concubin zu halten?
4. Ob unter die natürliche Kinder jene gerechnet werden, welche aus zwey ledigen Persohnen gebohren seynd, welche in offentlichen Concubinat leben?
5. Was Rechtens, wann ein solche Concubin nicht einem allein anhangt, sondern mit mehrern zu thun hat?

Nach hinterlegter Materi von Testamentern, und letzten Willen folgete zwar der Ordnung nach die Materi von Erbschafften ab intestato, ohne Testament, oder letzten Willen, weilen aber jenes, was in vorgehenden Tit. von Erbnemmen der Kinder aus einem Testament oder letzten Willen gesagt worden, allein die eheliche Kinder betrifft, von unehelichen Kindern aber nichts gemeldet worden, wo man doch auf sie sowohl bey Erbschafften aus den letzten Willen, als ab intestato zu sehen ist, deßwegen hat unser Durchleuchtigister Gesatz-Geber einen gantzen Titul von unehelichen Kindern entzwischen gesetzt, welcher Gestalten dise sowol in Krafft eines Testaments als ab intestato zu der Eltern Erbschafften zugelassen, und was für einen Theil sie haben können? Mit
1. einem Wort die uneheliche Kinder werden Bastarden genennt, als wann sie auf fremden Baum wären gebeltzt worden, vom Wort Past, mehr andere Beschreibungen dises Nahmens seynd zu finden, bey Besold. in thes. pract. verb. Pastard, oder Panckhart werden gemeiniglich die uneheliche genennt, von welchen viles schreibt Paleologus in tract. sing. de noth. bastard. & spur. Unser Articul thut die uneheliche Kinder in drey Stellen abtheilen, erstlich in die natürliche, das ist, welche aus zwey ledigen Persohnen gebohren seynd, welche zur Zeit des Beyschlaffs hätten copulirt werden können, deren Mutter auch nicht im Huren-Leben gelebt hat. Dann 2. die Kinder, welche zwar aus ledigen Eltern gebohren seynd, welche zur Zeit des verbottenen Beyschlaffs hätten copulirt werden können, die Mutter aber eine Hur gewesen, also daß nicht bekannt seyn kan, von wem solche Kinder erzeugt worden seynd, die verdienen den Nahmen natürlicher Kinder nicht, sondern dise seynd wahrhaffte Bastarden, Huren-Kinder, wie enthalten ist in L. 23. ff. de statu hominum. Der Text sagt, jene seynd vom Volck gebohren, welche ihren Vatter nicht zeigen können (das ist wegen Ungewißheit, weil præsummirt wird, die Mutter sey eine Hur gewesen) oder welche zwar den Vatter zeigen, aber nicht haben können, welche auch Bastarden genennt werden. Die 3. Gattung der unehelichen Kindern seynd jene, welche aus verdammter Geburt seynd; Die verdammte Beyschlaff aber wird genannt, wann solche Persohnen zusammen kommen, welche zur Zeit des verbottnen Beyhalts nicht können miteinander verehelicht werden, nicht wegen blosser verbottener Verehelichung, sondern wegen verdammten Beyhalts, wie da seynd die Kinder der Priester, und Closter-Persohnen beyden Geschlechts, Item die Kinder aus einem Ehebruch, oder Blut-Schand gebohren, oder andere dergleichen, welchen den Geistlichen Rechten nach unter ein ander zu heyrathen verbotten ist, und deren Beyschlaff verdammlich ist, wegen obwaltenden Criminal-Verbotts. Obwohlen nun der citirte Text in L. vulgò 23. ff. de stat. hom. unter dem Nahmen der Bastarden oder Panckharten auch jene begreifft, welche aus einem verdammten Beyschlaff aus einem Ehebruch oder Blut-Schand gebohren seynd, unter den Worten, welche zwar den Vatter zeigen können, ist aber ein solcher, welchen zu haben nicht erlaubt ist. Unser Art doch nimmt dises Wort gelinder, nemlich für jene

jene Kinder, welche aus einer offentlichen Hur gebohren seynd, und einen gewissen Vatter nicht haben, noch zeigen können. In welchen Worten wir auch in der künfftigen Auslegung dises Tituls beharren werden.

2. Was nun die natürliche Kinder betrifft, ist gewiß, daß unter ihren Nahmen nicht können begriffen werden, welche aus einem Ehebruch gebohren seynd, dann obschon denen Königen und anderen Potentaten und grossen Fürsten auch im Christlichen Gesatz gewohnt ist, daß sie ihre Concubinen haben, und die aus ihnen gebohrne Söhn natürliche Kinder nennen, so thut doch unser Art. solche Kinder nicht für natürliche Kinder erkennen, sondern für Kinder, welche aus dem Ehebruch oder verdammten Beyschlaff gebohren seynd, es mag der Ehebruch an Seiten des Manns oder der Frau geschehen seyn. Es seye gleich, sagt der Text, der Vatter oder die Mutter allein, oder beyde zumahlen Ehe-Leuth. Daß also dißfalls, was das Erben betrifft, und dem doppleten und einfachen Ehebruch kein Unterschied ist: Obwohlen die Weiber, wie wir an seinem Ort sagen werden, sowohl dem gemeinen, als unsern Land-Recht nach in dem einfachen Ehebruch schärffer bestrafft werden, als die Männer. Es auch auf die beste Exempel grosser Herren, weil sie denen Gesätzen nicht unterworffen seynd, nicht zu gehen, weil denen Unterthanen obligt, zu gehorsamen, und sich denen Gesätzen zu unterwerffen, und anderer Exempel nach Lehr Christi zu ihrer Entschuldigung nicht anzuführen.

3. Wann man sagt, es seye vor Altem erlaubt gewesen, daß einer neben der rechtmässigen Frau auch eine Coucubin habe haben können: So antworten wir, daß diß im Codice völlig verbotten worden, dann also redet Constantinus der Kayser in L. unica Cod. de concub. Keinem wird erlaubt, währender Ehe eine Concubin bey sich zu haben. Welches auch approbirt Paul. lib. 2. sent. tit. 20. Damit nemlich der Ehe-Frau kein Injuri zugefügt werde, wann der Mann die Lieb mehrern mittheilet. vid. novell. 18. cap. 5. vers. sicut enim quis. Wo Justinianus der Kayser dem verehelichten Mann so wenig eine Concubin zulaßt, als wenig er noch ein anderes Weib heyrathen kan. Diß ist zwar wahr, daß einem ledigen Mann, nicht aber einem verheyrathen erlaubt gewesen ein Concubin zu halten. L. si quis ult. Cod. de manumiss. So wird doch allda ausdrucklich beygesetzt, denen verheyrathen Leuthen aber lassen weder die alte noch jetzige Recht ein Concubin zu. Daß also jene unter die natürliche Kinder gezehlt zu werden nicht verdienen, welche aus einer Concubin, währender Ehe, gebohren seynd.

Was ist aber zu sagen von jenen Kinderen, welche aus zwey ledigen Persohnen, aber offentlich in dem Beyschlaff leben, gebohren seynd? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen, obwohlen der Kayser Justinianus, wie wir gesagt haben, dergleichen Beyschläff unter ledigen Persohnen zugelassen, doch der Kayser Leo in Nov. 91. solchen als denen Christlichen Gesätzen widerstrebend löblich aufgehebt hat, wo er eine schöne Ursach beysetzt, schändlich zu seyn, weil man aus den Brunnen frisches Wasser trincken kan, ein trübes zu suchen. Als wollte er gleichsam sagen, es seye niemand schwer, eine Ehe zu treffen, und eine rechtmässige Ehe-Frau zu finden. Es seynd also solche Persohnen, welche offentlich solch liederliches Leben führen diser Freyheiten nicht würdig, welche denen natürlichen Kinderen allein in nachfolgenden Articul zugelassen werden, absonderlich, weil die Geistliche Recht nicht minder, als Leo der Kayser allen Concubinat verhassen. cap. audite, cap. nemo sibi 32. quæst. 4. Hat also dise Entschuldigung nicht Platz, daß man mehr den Gesätzen des Justiniani als des Leonis folgen müsse, weil die Novellæ des Leonis nicht recipirt seyen, weil Leo allein in Orient, der Justinianus aber auch in Occident Kayser gewesen, weil in diser Materi, welche eine Sünd betrifft, mehrers die Gesatz der Geistlichen Recht zu beobachten seynd, als die Burgerliche Recht. Dessen doch ohneracht vermeynen wir, daß die Kinder, welche aus solchen Beyschlaff von ledigen Persohnen gebohren worden, nach Verordnung unsers Art. für natürliche Kinder zu halten seyen, aus Ursach, weilen der Art. zu deme, daß sich die Kinder der Freyheiten natürlicher Kinder bedienen können, mehr nicht erfordert, als daß sie aus solchen Eltern gebohren seyen, welche zur Zeit der Beyschlaffung haben ein ander heyrathen können, dergleichen Persohnen aber, welche in Concubinat leben, können ein ander heyrathen, ergo &c. Ja die Geistliche Recht laden solche zur Verheyrathung ein, mittelst eines herrlichen Privilegii, daß nemlich ihre Kinder, so sie in Concubinat gebohren haben, durch die Ehe von Rechts wegen sollen legitimirt seyn.

Diß doch scheint, daß der Art. erfordere, was in dict. L. ult. Cod. de manumiss. & in L. 18. enthalten ist, daß ein solche Concubin einem allein anhangen 5.

gen, und mehrere nicht zulassen soll, dann eben darum, wann sie mit mehrern zu thun hat, wird gesagt, daß sie unzüchtig und leichtfertig lebe, und, weilen das von ihr gebohrne Kind seinen Vatter nicht wissen kan, so kan es auch die Privilegien der natürlichen Kindern nicht geniessen. Wir haben gesagt, welche mehrer Manns-Bilder nicht erkennt hat; Dann eine Hur wird genennt, welche mehrer Manns-Bilder zulaßt. cap. vid. dist. 34. Wo die Glossa hyperbolicè beysetzt, welche mehrere als 23000. zugelassen, oder, wie andere sagen, welche wenigist 60. zugelassen hat, daß also ein Weibs-Bild, welches einem ledigen Mann in seinem Hauß beständig beywohnt, Krafft des Text in L. 4. ff. de concubinis. für eine Hur nicht zu halten ist, daß ihre Kinder deren in disem Titul enthaltenen und denen natürlichen Kindern zugelassenen Freyheiten beraubt werden sollen, wann sie schon heimlich auch ein oder anderesmal einem anderen beygehalten hat. Mit welchem einstimmet unser Art. welcher allein erfordert, daß ein solches lediges Weibs-Bild nicht in offner Unzucht gelebt habe. Dann welche aus einer offentlichen Hur gebohren werden, wie wir gesagt haben, seynd eigentlich keine natürliche Kinder, wie unser Art. sie von anderen unehelichen Kindern unterscheidet, sondern Bastarden, deren Vatter ungewiß ist, von welchem in nachfolgenden ein mehrers zu sehen ist.

Der anderte Articul.

Hat ein Vatter recht eheliche Kinder, der mag seinen unehelichen natürlichen Kindern, welche nicht legitimirt seyn, mehrers nicht geben, schencken, oder durch letzten Willen vermachen und verschaffen, dann allein die blosse Unterhaltung: biß sie ihr Brod und Nahrung selbst gewinnen mögen, wären sie aber legitimirt, so mag er ihnen, und derselben Mutter sammtlich, es seyen ihrer vil oder wenig, mehrers nicht dann den zwölfften Theil, aller seiner Haab und Güther bey lebendigen Leib geben, oder durch letzten Willen verschaffen, es wäre dann der zwölffte Theil so gering, daß darvon die Kinder, biß sie ihr Brod mit Diensten, oder in ander Weeg gewinnen könnten, nicht möchten unterhalten werden, soll der Richter wohl Macht haben, nach Gestaltsame des Vermögens, und Anzahl der ehelichen Kinder, die Verfügung zu thuen, daß solche Kinder, biß sie zur Arbeit tauglich, ihren Qualitäten nach, unterhalten werden. Hätte aber solcher Kinder Vatter kein ehelich Kind, noch ein ehelich Enckle, aus ehelichen Kindern gebohren, doch wäre noch sein Vatter oder Mutter im Leben, so ist er schuldig, denselben seinen Eltern ihr Noth-Gebührnuß, oder Legitimam zu verlassen, wie recht ist, das übrige sein Vermögen aber, mag er wohl seinen natürlichen Kinderen, wann sie legitimirt seyn, bey lebendigen Leib geben, oder durch letzten Willen verschaffen, da er will, und solches noch vilmehr, wann er weder Vatter noch Mutter mehr hat. Seyn aber solche Kinder nicht legitimirt, so hat er nicht Macht, ihnen ein mehrers, als die Unterhaltung zu geben, oder durch letzten Willen zu verschaffen, und was er ihnen darüber gibt, soll ihnen wieder genommen, und denjenigen zugestellt werden, welche neben solchen Kinderen zu Erben gesetzt, oder da keine eingesetzt, ihne den Testirer, sonsten von Rechts wegen geerbt hätten. Wären aber sonsten gar keine Freund, die erben möchten im Leben, so bleibt den Unehelichen, was ihnen durch den Vatter, vermittelst eines letzten Willens vermacht worden, wann sie gleich nicht legitimirt seyn.

So vil aber der unehelichen Kinder Mutter betrifft, mag dieselb ihr Guth, wann sie keine eheliche Erben auffsteigender oder absteigender Lini hat, den unehelichen Kindern, wann sie legitimirt seyn, wohl verschaffen, seyn sie aber nicht legitimirt, und hätte die Mutter sonsten

eheliche Kinder, oder ihren Ehe-Leiblichen Vatter oder Mutter, An-Herrn, oder An-Frauen, so kan sie ihnen mehrers nicht, dann die Unterhaltung verordnen. Aber da die Mutter keine Ehe-Leibliche Erben, weder in auf noch absteigender Lini hat, so mag sie ihr Guth durch letzten Willen geben, und verordnen ihren unehelichen Kindern (doch in allweg ausgeschlossen deren, welche von verdammten Geburt) ungehindert ihrer andern nächsten Seiten-Erben.

Summaria.

1. Ob der natürliche Vatter denen unehelichen Kinderen, wann er eheliche hat, etwas in Lebs-Zeiten, oder durch letzten Willen geben und vermachen könne?
2. Ob ein solcher Vatter denen natürlichen Kinderen nicht wenigist die Unterhaltung geben, und der Tochter ein geringes Heyrath-Guth geben könne?
3. Wie vil denen natürlichen *legitimirten* Kinderen mit ihrer Mütter vermacht werden könne?
4. und 6. Wann die natürliche Kinder gestorben seynd, ob nichts destoweniger der Vatter der *Concubin* einen zwölfften Theil vermachen könne, wann eheliche Kinder oder Encklen verhanden seynd?
5. Was Rechtens wann eine halbe Untz zum Unterhalt der *Concubin* nicht erklecklich ist?
7. Wann der Vatter keine eheliche Kinder, sondern nur natürliche Kinder hat, wie vil er ihnen hinterlassen könne?
8. Was Rechtens, wann solcher Vatter Eltern oder Brüder oder Schwestern in Leben hat?
9. Ob der Vatter die *legitimirte* Kinder in seinem *Testament* umgehen könne, doch mit Ausnahm der Unterhaltung?
10. Wann der Vatter denen natürlichen Kinderen über den Unterhalt, oder den zwölfften Theil etwas gegeben, ob solches ihnen zu benemmen, und wem zu geben seye?
11. Wann der Vatter keinen letzten Willen hinterlassen, auch keine Befreundte verhanden, ob die natürliche Kinder seiner Ehe-Frau an der Erbschafft vorgehen?
12. In wem diser Art. vom gemeinen Recht unterschieden seye?
13. Ob die natürliche Kinder die Mutter im *Testament* mit denen ehelichen Kindern erben?
14. Was Rechtens, wann die natürliche Kinder nicht *legitimirt* seynd, ob ihnen nichts als der Unterhalt gebühre?
15. Wann sie aber den Unterhalt anderst woher haben, zum Exempel vom reichen Vatter, ist wohl die Mutter von der Unterhaltung frey?
16. Warum mehr der Mutter, als dem Vatter die natürliche Kinder zu unterhalten oblige?
17. Ob die Mutter, wann denen ehelichen Kinderen oder Eltern die Noth-Gebühr gegeben worden, gehindert seye, den Uberrest denen natürlichen Kindern zu vermachen?
18. Was Rechtens, wann keine eheliche Kinder oder Eltern verhanden, ob die Mutter denen *legitimirten* natürlichen Kindern ihr gantzes Vermögen vermachen könne, auch mit Ausschluß der Befreunden, und Seiten-Erben, und was dißfalls für ein Unterschied seye unter dem Vatter und der Mutter?

Nachdeme der Unterschied unter denen unehelichen Kindern gemacht worden, schreittet unser Gesatz-Geber zur weiteren Verordnung, was jeder Gattung der unehelichen nemlich der natürlichen, der Bastarden, und deren aus verdammten Beyschlaff gebohrnen sowohl im Vätterlicher als Mütterlicher Erbschafft durch Testament oder ab intestato zukommen könne? Gegenwärtiger Articul, welches sonderheitlich zu mercken ist, redet allein von den natürlichen Kinderen unter der Formalität, welche wir in vorgehenden Art. sattsam ausgelegt haben, und verordnet, was ihnen aus ihres natürlichen Vatters Gutthat entweders im Testament oder ab intestato zukommen möge, welcher durch einige Unterschied resolvirt und aus einander gesetzt wird.

1. Der erste Unterschied ist, ob ein solch natürlicher Vatter eheliche Kinder habe? oder nicht? Hat er solche, so kan der Vatter in Lebs-Zeiten denen natürlichen Kinderen nichts schencken, noch durch letzten Willen etwas vermachen, ausser den blossen Unterhalt, biß solche Kinder sich selbst unterhalten können, dise Verordnung kommt über eins mit dem gemeinen Recht, in auth. ex complexu. Cod. de incæst. nupt. Und obwohlen diser Text allein von Bastarden, und in der Blut-Schand, oder Ehebruch gebohrnen Kindern redet, so extendiren doch solchen die DD. nichts desto weniger auch auf die natürliche Kinder. Aus Ursach, weilen dise Freyheit eingeführt worden zu Favor der ehelichen Kinderen, und damit man keine Gelegenheit zum leichtfertigen Leben gegeben werde. Welches sie in so weit erstrecken, daß nicht einmahlen ein widriges durch ein Statutum könne eingeführt werden. L. illud 5. ff. de pact. dot. Weil ein Statutum, wie ein jedwederes anderes Gesatz, Heyl und ehrlich seyn muß. Ja daß einem solchen dem Burgerlichen Recht nach auch nicht der Unterhalt gebühre, weil er keines Vät-

Vätterlichen Sach fähig, und kein Sohn zu nennen ist. Mynſ. cent. 1. obſ. 35. Gail. 2. obſ. 88. Hartm. tit. de alim. obſ. 3. & de ſuccesſ. obſer. 10. Joan. Pet. Surdus. de alim. tit. 1. quæſt. 10. Also daß einige sagen, daß die Burgerliche Gesätz wegen Liebe der Reinigkeit, und Eingezogenheit den Vatter gegen sein Kind gleichsam gottloß, verrucht, und seines Vätterlichen Amts vergessen erklären.

2. Das Geistliche Recht aber hat dise Schärffe gelinderet, weil es ausdrucklich verordnet, daß denen natürlichen Kindern der Unterhalt gegeben werden müsse. Cap. cùm haberet. X. de eo, qui duxit in matr. quam poll. per adult. Welche Verordnung auch unser Articul approbirt; Und dahero D. Gail und andere mit ihme schliessen, daß ein natürlicher Vatter seiner natürlichen Tochter schuldig seye ein weniges Heyrath-Guth zu geben, welches ist anstatt der Unterhaltung.

Doch seynd 2. Puncten zu notiren, erstlich daß unser Art. rede vom wahren natürlichen Vatter, das ist, welcher eine Tochter aus einer ledigen Weibs-Persohn gebohren, die er für sein Concubin gehalten, oder solche zur Zeit geschwängert hat, wo sie haben einander heyrathen können. Dann wann solche Tochter von einer offentlichen Hur gebohren worden, welche den Vatter nicht zeigen kan, wird sie ein Bastard, oder Panckhart genennt, und also, weil sie keinen gewissen Vatter hat, kan auch niemand angehalten werden, sie auszustreuen.

Hernach 2. thut das Heyrath-Guth, von welchem D. Gail. loc. cit. redet, die Stell der Unterhaltung vertretten; Aus welchem folgt, daß die eheliche Kinder solches Heyrath-Guth zuruck begehren können, wann die natürliche Tochter in solchen Stand kommt, daß sie einen eignen Unterhalt haben kan. Aus Ursach, weilen man denen natürlichen Kinderen den Unterhalt nicht schuldig ist, wann sie sich selbsten erhalten können. Gebührt also auch der natürlichen Tochter das Heyrath-Guth nicht mehr, wann sie im Stand ist, daß sie anderst woher den Unterhalt bekommen hat. Dessen doch ohneracht halten wir darfür, daß solches Heyrath-Guth unwiderrufflich seye. Dann obwohlen solches in die Stell des Unterhalts eintritt, wie wir gesagt haben, nichts desto weniger doch, weil das Heyrath-Guth die Natur hat, daß selbes dem Ehe-Mann zufalle, um die ehelichen Bürden zu tragen, welche nicht weichen, wann schon die natürliche Tochter zur Ehe genommene Tochter bey ihme als Ehe-Mann den genugsamen Unterhalt hat, jenes, was zu Favor des Manns gegeben worden, kan wegen des Haß gegen die unehelich gebohrne Hauß-Frau nicht zuruck geruffen werden. Diß liessen wir lieber zu, daß, wann solch natürliche Tochter Schönheit halber, weil die ausser der Ehe gebohrne Kinder meistens schöner und perfecter seyn, als die in der Ehe erzeigte, oder wegen anderen Gemüths- oder Leibs-Gaben ohne Heyrath-Guth geheyrathet worden, ihr vom Vatter kein Heyrath-Guth mehr gebühre, in der Præsumption, daß Ehe-Mann so reich seye, daß das Weib sich wegen des Unterhalts nicht beschären kan. Wegen gleicher Ursach, welche wir kurtz zuvor angezogen haben, weil denen natürlichen Kindern, welche ehrlichen Unterhalt haben, der Vatter keinen Unterhalt mehr schuldig ist. Vid. Gail. 2. obſ. 88. per tot. & ibid. Græv. wo sie mehrere citiren, Forster de ſuccesſ. lib. 6. cap. 47. per tot.

Der andere Unterschied ist unter den natürlichen Kindern, und unter jenen, welche legitimirt worden, dann obwohlen erst besagter massen die natürliche Kinder vom natürlichen Vatter nichts haben können, noch durch Schencken im Leben, noch durch einen letzten Willen Forster loc. cit. n. 13. Und diß zum Haß der Leichtfertigkeit. Wann jedoch die natürliche Kinder legitimirt worden, so laßt ihnen unser Articul zu, daß sie vom Vatter mit samt ihrer Mutter den zwölfften Theil der Erbschafft haben können, in Conformität des L. humanitatis intuitu 8. & auth. licèt Cod. de nat. lib. Wo in specie enthalten ist, daß wann eheliche Kinder, und ihre Mutter verhanden, denen natürlichen Kindern mit ihrer Mutter der zwölffte Theil von der Erbschafft hinterlassen werden könne. Und diß ist wahr, es mögen mehr, oder nun ein natürliches Kind nebst der Mutter verhanden seyn, weil des Vatters Leichtfertigkeit also in Zaum gehalten wird, daß er auch wegen Vile der natürlichen Kindern ihnen mit ihrer Mutter im Leben, oder in letzten Willen mehr zuschieben kan, als den zwölfften Theil der Erbschafft. 3.

Einen eintzigen Fall nimmt der Art. aus, wann nemlich die Erbschafft so gering ist, daß den natürlichen Kindern der zwölffte Theil zum Unterhalt nicht genug ist, dann weilen der Unterhalt gleichsam dem natürlichen Recht nach ihnen gebührt, so haben die Burgerliche Recht die Erbschafft der natürlichen Kinder auf ein so weniges nicht einschräncken können, wo-

wodurch denen natürlichen Kindern das Leben benommen wurde. Dann es scheint jener thue umbringen, welcher jenen den Unterhalt weigert, welcher solchen zu geben schuldig ist. L. necare 4. ff. de lib. agnosc. cap. pastæ. 21. dist. 86. Krafft der Regul, welchen du nicht ernährt hast, den hast umgebracht.

4. Was ist aber Rechtens, wann die natürliche Kinder vor verstorben seynd, kan wohl der natürliche Vatter seiner Concubin den 12. Theil seiner Erbschafft hinterlassen, wann eheliche Kinder verhanden seynd? Von disem zwar sagt unser Art. nichts, weilen aber der Text in L. matre. 2. Cod. de nat. lib. ausdrucklich sagt, daß nach verstorbnen natürlichen Kindern allein der 24. Theil hinterlassen werden könne, so zweifflen wir nicht, daß nicht eben diß auch unsern Land-Rechten conform seye, also welches dise unverschammte Gattung der Leuth nicht minder, als das Burgerliche Recht verfolget.

5. Was ist aber Rechtens, wann der 24ste Theil zum Unterhalt der Concubin nicht erkleckt? Wir antworten, obwohlen der Vatter seine natürliche Kinder ernähren muß, so ist er doch nicht schuldig die Concubin zu unterhalten, aus welcher die natürliche Kinder gebohren worden. Weil nun unser Art. denen natürlichen Kindern, wann eheliche Kinder verhanden, erst alsdann etwas über den zwölfften Theil zulaßt, wann die Erbschafft so gering ist, daß der zwölffte Theil zum Unterhalt der natürlichen Kindern nicht erkleckt, so folget, daß der 24. Theil, welchen das Gesatz der Concubin zulaßt, wegen Mangel des Unterhalts nicht vermehrt werden könne, weil man ihr den Unterhalt nicht schuldig ist.

6. Und was bißhero gesagt worden von dem Fall, wo eheliche Kinder verhanden, das ist auch zu verstehen von dem Fall, wann ein oder mehrere Encklen aus ehelichen Kindern verhanden seynd, weil dise in die Fuß-Stapffen ihrer Eltern eintretten, und ihr Privilegium zu geniessen haben, welches klar abzunemmen ist aus den Worten unsers Articuls. Hätte aber solcher Kinder Vatter kein ehelich Kind, noch ein ehelich Encklen aus ehelichen Kindern gebohren. Welche Wort die eheliche Kinder, die Encklen aus ehelichen Kindern gebohren gleich halten.

7. Was ist aber Rechtens, wann ein solcher Vatter keine eheliche Kinder hat, sondern lauter natürliche? Hierauf wird für den 3. Unterschied geantwortet, ob solche ausser der Ehe gebohrne Kinder legitimirt seyen oder nicht? Seynd sie nicht legitimirt, so hat der Vatter den Gewalt nicht, ihnen im Leben, oder durch letzten Willen mehr zu geben, oder zu vermachen, als den blossen Unterhalt. Wann sie aber legitimirt worden, so kan er ihnen von seinem Vermögen entweders in Leben, oder durch letzten Willen geben und vermachen, so vil er will.

8. Ein eintziger Casus wird ausgenommen, wann nemlich ein solcher Vatter seine Eltern noch hat in Leben, dann, weilen disen von Rechts wegen die Legitima gebührt, Krafft des 1. Art. 36. Tit. so folgt nothwendig, daß die Eltern den natürlichen Kindern vorgehen, und ihnen vor allem die Noth-Gebühr gegeben werden müsse.

Wann man fragt, was zu sagen seye, wann ein solcher Vatter zwar keine Eltern im Leben hat, wohl aber Ehe-leibliche Brüder und Schwestern? So antworten wir, weil denen Brüdern und Schwestern kein Legitima gebührt, wie denen Eltern, daß solcher Vatter sein gantzes Vermögen seinen legitimirten natürlichen Kindern zuschieben könne, ohneracht der Brüder und Schwestern, weilen durch die Legitimation jene Mackel, welche denen natürlichen Kindern anklebt, wieder ausgelöscht wird. Wovon kurtz hernach ein mehrers folgen wird.

9. Was wir aber bißhero von des natürlichen Vatters Gewalt seinen legitimirten natürlichen Kindern im Leben, oder durch letzten Willen etwas zu geben oder zu vermachen gesagt haben, ist nicht also zu verstehen, als wann ihme solches gleichsam als eine Schuldigkeit obligete, dann weilen sowohl die gemeine als unsere Land-Recht allein permissivè zuläßlich reden, so ist an sich selbsten klar, daß, wann der Vatter, nach umgangnen legitimirten natürlichen Kindern, seine Erbschafft anderen zukommen lassen will, diß ihme lediglich frey stehe. Perez ad tit. Cod. de nat. lib. n. 3. Wann nur denen legitimirten natürlichen Kindern der Unterhalt verbleibt. Dann wann der Unterhalt denen nicht legitimirten gebührt, so gebührt solcher noch mehr denen legitimirten. Wovon doch ein mehrers wir kurtz hernach reden werden, wann wir von der Würckung der Legitimation jenes, was nöthig ist, kürtzlich schreiben werden.

10. Was ist aber Rechtens, wann der natürliche Vatter in Lebs-Zeiten, oder durch letzten Willen heimlich oder offentlich seinen natürlichen Kindern mehr gegeben, oder vermacht hat, als ihm von Rechtswegen zugelassen ist, wem solche zufalle? Und der Art. antwortet, daß solches denen natürlichen Kinderen wieder abzunemmen, und denen rechtmässigen Erben zuzustellen seye?

Mit

Mit disem 4 Unterschied, dann entweders hat der Vatter mit seinen natürlichen Kindern auch einen anderen Erben, oder niemand neben den natürlichen Kindern eingesetzt? In dem ersten Fall, thut jenes, was denen natürlichen Kindern über ihren Unterhalt oder erlaubten 12. Theil gegeben worden, dem mit und zugleich eingesetzten Erben zufallen. In dem anderen Fall, fallt solches denen Erben ab intestato zu, mit disem stimmt ein der Text in L. matre 2. Cod. de natur. lib. Wo der Text sagt, was immer über den 12. Theil gegeben, oder vermacht worden, solches denen ehelichen Kindern, oder ihrer Mutter von Rechts wegen zugestellt werden solle. Wobey zu mercken, daß der Text denen ehelichen Kindern ihre Mutter beygeselle, nicht zu dem Ende, daß, was denen natürlichen Kindern gegeben, und in disem Text ihnen wieder benommen wird, der Mutter mit denen ehelichen Kindern zufallen solle, also daß auch sie einen gleichen Theil mit ihren Kindern haben soll, weil gewiß ist, daß ein Weib den Mann nicht erben könne, ausser in Ermanglung aller Befreunden, wie wir in nachfolgenden Titul an seinem Ort sagen werden, sondern allein deßwegen geschieht in disem Text von der Mutter eine Meldung, weilen der Vatter, wann sie noch lebt, seinen natürlichen Kindern über den zwölfften Theil nichts verlassen kan, wann er schon keine eheliche Kinder nach sich verlaßt, wie noch klärere Text seynd in auth. licet patri. & in auth. quib. mod. natural. effic. sui. §. si quis igitur habens. Gomez ad L. tauri 9. n. 4. Wo er dise Ursach gibt, weil diß eingeführt worden zu Favor und Ehr der Ehe, damit nicht hierdurch das Weib geärgert werde, und einen Haß fasse, sehend, daß die natürliche Kinder erben. Wann nun keine eheliche Kinder verhanden, so fallt jenes, was denen natürlichen Kindern übermässig gegeben oder vermacht worden, wie dict. L. matre 2. Cod. de nat. lib. redet, nicht der rechtmässigen Ehe-Frau des natürlichen Vatters, sondern dessen nächsten Befreundten ab intestato zu, daß in der That, wann Befreunde verhanden, die Ehe-Frau aus solcher Erbschafft nichts forderen kan, obwohlen sie nichts desto weniger denen natürlichen Kindern im Weeg stehet, daß sie nicht erben können. vid. Glossa. ad auth. licet Cod. de lib. nat. lit. M. in verb. conjux legitima. Wo gesagt wird, was gehört die Ehe-Frau daher, weil sie, wann Befreunde verhanden, von der Erbschafft nichts forderen kan? Und wird geantwortet, obwohl sie nichts bekommt, so verhindert sie doch die natürliche Kinder, daß auch sie nichts bekommen. Wovon zwar unser Art. nichts sagt, weil jedoch diß die gemeine Auslegung benelldter Texten ist, so vermeynen wir, daß auch solche unsern Statuten conform seye.

11\. Man wird fragen, weil unser Art. allein von dem Fall redet, wann der natürliche Vatter, da keine Befreunde verhanden seynd, seinen natürlichen Kindern durch letzten Willen Versorgung gethan, was zu sagen seye, wann er keinen letzten Willen hinterlassen hat? Und es scheint, es seye unsers Articuls Absehen, daß die natürliche Kinder beym Erb ihres Vatters der rechtmässigen Ehe-Frau vorgehen. Weilen aber der Vatter seinen natürlichen Kindern keine Noth-Gebühr, sondern den blossen Unterhalt schuldig ist, so ist nicht zu zweifflen, daß nicht, wann der Vatter ihnen mehr nicht verlassen hat, und keine Befreunde obhanden seynd, die rechtmässige Hauß-Frau ex edicto unde vir & uxor die Erbschafft bekomme, wann nur sie denen natürlichen Kindern den Unterhalt gibt. Aus Ursach, weilen die natürliche Kinder ihren Vatter ab intestato zu erben nicht berechtiget seynd, die Ehe-Frau aber in Ermanglung anderer Befreunden ex edicto unde vir & uxor. zur Erbschafft des verstorbenen Ehe-Herrn beruffen wird, schließt also die natürliche Kinder aus, unter welchen und ihren Vattern aus Haß der Leichtfertigkeit kein Freundschaffts-Recht zugelassen wird, wie wir in nachfolgenden Art. sehen werden, wovon der Erbschafft-Nemmung der natürlichen Kindern ab intestato gehandlet wird.

12\. Man wird weiters fragen, was also in disem Art. besonders enthalten seye, und ob dißfalls unter dem gemeinen und unsern Land-Recht ein Unterschied seye? Und wir sagen 1. diß seye der Unterschied, daß, wann eheliche Kinder verhanden, de jure codicis der Vatter denen natürlichen Kindern den zwölfften Theil seiner Erbschafft hat hinterlassen können, welchen sie mit ihrer Mutter theilen müssen, welches zwar unser Art. zum Præjudiz der ehelichen Kindern zulaßt, von disem aber nichts verordnet, was alldort von der ehelichen Kindern Mutter gesagt wird, obwohlen wir in disem den Unterschied nicht machen, weil wir vermeynen, daß auch die blosse Gegenwart der rechtmässigen Hauß-Frau verhindere, daß der natürliche Vatter seinen natürlichen Kindern mehr nicht, als den zwölfften Theil hinterlassen könne, dann was in unseren Land-Rechten nicht abgeändert wird, warum soll solches nicht bestehen? Und deßwegen machen wir hier keinen Unterschied.

Aber

diff. Aber 2. in disem ist ein wahrer Unterschied, weil der Text in dict. L. matre 2. Cod. de nat. lib. bemeldten 12. Theil denen wahren natürlichen Kindern zukommen laßt, unser Art. aber solches nicht anderst approbirt, ausser sie seynd legitimirt.

Der dritte Unterschied ist, daß der Text in L. humanitatis 8. Cod. eod. dem natürlichen Vatter zulaßt, daß, wann weder eheliche Kinder, noch deren Mutter als rechtmässige Ehe-Frau verhanden ist, denen natürlichen Kindern durch einen letzten Willen die Helffte der Erbschafft zu hinterlassen, welches hernach in auth. licet Cod. eod. in so weit extendirt worden, daß in solchen Fall, wo keine eheliche Kinder, noch die rechtmässige Ehe-Frau verhanden ist, der Vatter seinen natürlichen Kindern im Leben, oder im Testament sein gantzes Vermögen überlassen könne, in unsern Articul aber wird abermahlen von der gegenwärtigen Ehe-Frau nichts gemeldet, weilen aber der Text in L. humanitatis 8. ausdrucklich zu deme erfordert, daß der Vatter denen natürlichen Kindern die Helffte vermachen könne, daß kein eheliches Kind, noch dessen Mutter obhanden seye, so vermeynen wir, daß diß auch unsern Land-Recht conform seye Krafft der öffters erwehnten Regul: Was nicht geändert wird, warum soll solches nicht bestehen?

Wann man sagt, daß die auth. licet. allein rede, von eines ehelichen Kinds nichts aber von Gegenwart der rechtmässigen Ehe-Frau wenigist in dem Fall, wo der Vatter seinen natürlichen Kindern seine Erbschafft im Testament oder letzten Willen vermacht, sondern allein im Fall, wo der Vatter ohne Testament oder letzten Willen stirbt? So antworten wir, wann die Gegenwart der rechtmässigen Hauß-Frau hat verhinderen können, daß der Vatter seinen natürlichen Kindern die Helffte nicht vermachen können, warum soll sie nicht auch verhinderen können, die Vermächtnuß der gantzen Erbschafft, wodurch sie vilmehr præjudicirt, und injurirt wird? Hernach thut in dict. auth. die Gegenwart der rechtmässigen Ehe-Frau die Erbnahm in der Vätterlichen Verlassenschafft ab intestato verhindern, warum also nicht auch, wann er mit einem Testament abstirbt? Ja es scheint, daß mehrers die Ehr der rechtmässigen Hauß-Frau beschädiget werde, wann die natürliche Kinder zu des Vatters Erbschafft aus einem Testament und letzten Willen zugelassen werden, als wann sie ab intestato von Rechts wegen zugelassen werden. Es mag nun deme seyn, wie ihm wolle, so setzen wir doch hier keinen Unterschied zwischen dem gemeinen und unsern Land-Recht.

In disem aber 4. ist ein wahrer Unterschied, daß das gemeine Recht in dict. auth. licêt die pur natürliche Kinder, wann keine eheliche Kinder noch deren Mutter vrehanden seynd, ab intestato in zwey Nutzen, das ist in 12. und 11. Theil des Vätterlichen Vermögen zur Erbschafft mit ihrer Mutter zu gleichen Theilen abzutheilen zulaßt. Wo hingegen unser Art. in solchem Fall denen natürlichen Kindern gar keine Erbschafft weder völlig, noch zum Theil zugibt, sondern solche denen nächsten Befreunden zuschiebet. Welches obwohlen zum nachfolgenden Art. gehörig ist, wir doch hier beysetzen wollen, damit die Unterschied und beyden Rechten zugleich vor Augen gelegt werden. Und obwohlen 5. unser Articul mit dem Text in auth. licet. in jenem über eins stimmt, daß der Vatter, wann keine eheliche Kinder oder Eltern verhanden seynd, denen man die Noth-Gebühr schuldig ist, die natürliche Kinder in der gantzen Erbschafft zu Erben machen, oder auch im Leben unter ihnen austheilen könne: So ist doch in disem wieder ein mercklicher Unterschied, unter unsern Land- und dem gemeinen Recht, weil das gemeine Recht von natürlichen Kindern, unser Land-Recht aber von legitimirten natürlichen Kindern redet, also daß er ausdrucklich beysetzt, daß, wann der Vatter denen pur natürlichen Kindern, wann auch keine eheliche Kinder verhanden seynd, etwas durch letzten Willen, oder im Leben gegeben hat, solches ihnen wiederum abzunemmen, und entweders dem mit denen natürlichen Kindern zugleich eingesetzten Erben, oder ab intestato denen kommenden Erben zuruck zu stellen seye, wie wir solches schon ausgelegt haben. diff.

13. Jetzt folgt, welcher gestalten die natürliche Kinder die Müttern erben, dem gemeinen Recht nach erben die Mütter die natürliche Kinder ab intestato, mit samt ihren Ehe-Leiblichen Kindern, §. novissimè Inst. de S. C. orphiciano. §. vulgò. inst. de succes. cog. L. modestinus. ff. unde cogn. L. 1. §. sed & vulgò ff. ad S. C. tertul. also um so mehr können sie auch mit denen ehelichen Kindern erben. Was aber die Erbschafft aus einem Testament betrifft (dann von der Erb-Nemmung ab intestato werden wir in nachfolgenden Art. reden) ist die Sach nach unsern Land-Recht weit anderst zu decidiren, welche wir abermahleu mittelst einiger Unterschieden auflösen. Und der erste Unterschied zwar ist, ob die Mutter der natürlichen Kindern auch mit selben eheliche Kinder, oder Eltern habe? Im ersten Fall thun

thun die verhandene eheliche Kinder oder Eltern die natürliche Kinder von der Mütterlichen Erbschafft ex testamento oder anderen letzten Willen gäntzlich ausschliessen, In dem anderen Fall, das ist, wann solche Mutter weder eheliche Kinder noch Eltern hat, macht unser Art.

14. Den anderen Unterschied, ob die natürliche Kinder solcher Mutter legitimirt worden oder nicht? Seynd sie nicht legitimirt worden, so kan die Mutter ihnen weder im Leben noch in letzten Willen mehrers geben, als den nöthigen Unterhalt, wann sie aber legitimirt worden, so hat sie völligen Gewalt, ihnen ihr Vermögen zu hinterlassen, aus welcher Verordnung ein doppleter Unterschied unter dem gemeinen, und unsern Land-Recht abermahl entspringt. Der erste ist, weil die natürliche Kinder auch der Mutter mit denen ehelichen Kindern auf keine Weiß succediren. Der andere, weilen dem gemeinen Recht nach die natürliche mit denen ehelichen Kindern erben, nach unsern Land-Recht aber keine, als die legitimirte, dann wann sie nicht legitimirt seyn, so gebührt ihnen nichts als der Unterhalt.

15. Welches wir also verstehen: Wann sie nicht anderst woher den Unterhalt haben; dann dem, so seinen Unterhalt schon hat, ist man keinen mehr schuldig. Was ist also Rechtens, wann der natürliche Vatter so reich ist, daß er solchen Unterhalt geben kan, ist wohl alsdann die Mutter von der Unterhalts-Præstirung frey? Und es scheint, es sey mit Ja zu antworten, weilen die Unterhaltung mehr dem Vatter als der Mutter obligt; Wann also sowohl die natürliche Mutter wie der Vatter Mittel hat, ihre Kinder zu unterhalten, so ligt dise Bürde mehr dem Vatter als der Mutter ob.

16. Das Widerspiel aber ist deßwegen wahrhaffter, weilen die Agnation zwischen dem natürlichen Vatter und denen natürlichen Kindern verworffen ist, hingegen die Freundschafft zwischen der Mutter und denen natürlichen Kindern nicht verworffen ist. Hernach ist jener Theil zum Unterhalt mehr verbunden, welcher auch ein nähers Erb-Recht hat, die Mutter aber kan ihre Bastarden erben, nicht aber der natürliche Vatter, wie bald hernach folgen wird, also auch ligt der Mutter die Unterhaltungs-Bürde ob, und dahero kommt es, daß im 4. Art. der Vätterliche An-Herr frey gesprochen werde von der Bürde die natürliche Enckle zu unterhalten, aber der Mütterliche An-Herr und An-Frau werden im 5. Art. die Unterhaltung zu geben angehalten. Dessen ist keine andere Ursach, als die Hoffnung der Erbschafft, welche aus der Mütterlichen Lini denen Ascendenten zustehet, solche aber bey der Vätterlichen Lini nicht Platz hat.

Wann man fragt, warum der natür- 17.
liche Vatter, welcher Krafft unsers Art. noch seine Eltern hat, nachdem er ihnen die Noth-Gebühr verlassen, sein übriges Vermögen denen legitimirten natürlichen Kindern überlassen könne, aus dem letzten Versicul dises Art. aber erhellet, daß der Mutter nicht erlaubt seye, ihren natürlichen und legitimirten Kindern durch letzten Willen ihr Vermögen zuzuschieben, wann sie Eltern in Leben hat? So antworten wir, daß diser Passus unsers Art. sehr obscur seye, dann, obwohlen der Art. ausdrucklich sagt, daß die Mutter ihren legitimirten natürlichen Kindern ihr Vermögen hinterlassen könne, wann NB. sie keine rechtmässige Erben hat auf oder absteigender Lini, so scheint doch daß das Argument à sensu contrario nicht gut seye, wann zum Exempel man schliessen will, also wann sie rechtmässige Kinder oder Eltern noch in Leben hat, kan sie ihr Vermögen denen legitimirten natürlichen Kindern, auch wann sie die Noth-Gebühr jenen gegeben hat, nicht zuschieben, weil aus solchem Schluß dise Absurdität folgete, daß dem natürlichen Vatter mehrers erlaubt wäre, als der natürlichen Mutter, wo doch bekannt ist, daß die Erb-Nemmung zwischen dem Vatter, und denen natürlichen Kindern weit gehässiger ist, als zwischen der Mutter und ihre ausser der Ehe gebohrne Kinder, erhellet also, daß jener Versicul: So vil aber. also zu verstehen seye, daß zwar der Mutter erlaubt seye, ihr Vermögen frey ihren natürlichen legitimirten Kindern zu überlassen, doch nicht anderst, als, wann sie keine eheliche Kinder oder Eltern in Leben hat. Hat sie aber solche, so kan sie ihr Vermögen denen natürlichen legitimirten Kindern frey nicht zuschiebe, weil solcher Verordnung die verhandene Kinder oder Eltern widerstreben, welchen die Legitima gebührt, daß also die Wort, mag ihr Guth nicht verschaffen zu verstehen seynd, mags nicht verschaffen. das ist, völlig zum Præjudiz der Kinder oder Eltern. Weil aber solches Præjudiz allein in deme bestehet, daß ihnen die Noth-Gebühr bezahlt werde, so wird die Mutter, nachdeme sie denen ehelichen Kindern oder Eltern die Noth-Gebühr gegeben, nicht gehindert, daß sie mit ihren natürlichen legitimirten Kindern den Uberrest verlassen kan. Welches daß weiters also probirt werden könne anscheint; Zwischen dem Vatter und seinen natürlichen Kindern ist dem gemeinen Recht nach keine Agnation, und also

das Erb-Recht weit mehr eingeschränckt, aber die Cognation zwischen der Mutter und denen natürlichen Kindern ist dem gemeinen Recht nach giltig, also daß die natürliche Kinder zugleich mit denen ehelichen ab intestato erben, wie vor gesagt worden, gleichwie nun die Mutter dem gemeinen Recht nach in dem Fall den Gewalt hat, wo sie ihren ehelichen Kindern oder Eltern die Noth-Gebühr gegeben hat, ihr übriges Vermögen anderen gantz Fremden zu verschaffen, also hindert sie auch nichts, daß sie nicht auch solches Vermögen ihren natürlichen durch die Legitimation zu Ehren gestellten Kindern verschaffen könne. Bey disen Umständen nun wäre ja zwischen dem natürlichen Vatter und der natürlichen Mutter ein sehr grosser Unterschied, weil der Vatter, wann eheliche Kinder verhanden, denen natürlichen nur den 12. mit der Mutter theilbaren Theil verschaffen kan, und denen verhandenen Eltern die Noth-Gebühr verschaffen muß. Ubrigens aber, wann keine eheliche Kinder verhanden, und den Eltern die Legitima gegeben worden, berechtiget seyn soll, seinen natürlichen und legitimirten Kindern all sein übriges Vermögen zuzuschieben. Hingegen aber die natürliche Mutter, wann eheliche Kinder, oder Eltern verhanden, freyeren Gewalt hätte, nachdeme beyden Theilen die Noth-Gebühr bezahlt worden, das gantze übrige Vermögen ihren natürlichen Kindern zu überlassen. Zum Exempel damit die Sach klärer werde, der Titius hat aus Caja seiner Concubin zwey Söhn, wann nun der Titius aus der Ehe einen anderen rechtmässigen Sohn hat, so kan er disen beyden Bastarden mehr nicht als den 12ten Theil seiner Erbschafft, wann sie legitimirt worden, vermachen. Die Caja aber, wann sie eheliche Kinder hinterlassen hat, ist dem gemeinen Recht nach schuldig, ihnen allein die Noth-Gebühr zu geben, und kan den Rest ihres Vermögens denen natürlichen und legitimirten Kindern, oder auch nicht legitimirten, ja auch gantz fremden vermachen. Wann aber weder der Titius, noch die Caja eheliche Kinder übrig haben, und jedes nur die Eltern, seynd sie in disem gleich, daß sie denen Eltern die Noth-Gebühr geben müssen, übrigens aber ihr Vermögen denen natürlichen und sonderheitlich legitimirten Kindern (obwohlen die Mutter auch denen natürlichen nicht legitimirten) appliciren können. Wann der geneigte Leser dise Auslegung nicht annemmen, sondern dem Argument à sensu contrario anhangend (welches Argument doch nicht zugelassen wird, wann etwas absurdes daraus entspringt, juxta Everhard. in loc. legal. à sensu contrar.) behaupten will, daß die Concubin, wann eheliche Kinder oder Eltern verhanden seynd, ihren natürlichen Kindern allzeit, wann sie schon legitimirt seyn, gar nichts hinterlassen könne, so wird ich mit dir nicht streiten, absonderlich, weil in nachfolgenden 5. Art. denen natürlichen auch legitimirten Kindern von der Mutter Erbschafft, wann eheliche Kinder, oder Eltern in Leben seynd, ab intestato lediglich nichts gebührt, daß in der That die Causa testati & intestati gleich gehalten worden, unterdessen doch wird man sehen gar zu wahr zu seyn, daß handgreifflich dißfalls der Mutter härter, als dem natürlichen Vatter vorgeschnitten werde, weil der Vatter, wann eheliche Kinder verhanden, denen natürlichen legitimirten Kindern wenigist den 12. Theil, und wann Eltern verhanden, sein gantzes Vermögen durch ein Testament hinterlassen kan, wann nur die Eltern die Noth-Gebühr bekommen, die Mutter aber kan weder den 12. Theil, noch etwas anderes durch ein Testament, oder ab intestato in beyden Fällen, wo eheliche Kinder, oder Eltern obhanden, denen natürlichen Kindern zueignen Welches wider alle Grundsätz des gemeinen Rechts lauffet, wann man die Ursach verlangt, werden wir bekennen, daß offt viles verordnet werde, ohne Ursach, wie in eben diser Erbschaffts-Materi der Bastarden oder Wildling die Rechts-Gelehrte frey bekennen, daß sie keine Ursach finden können, warum denen Bastarden oder natürliche Kindern erlaubt seye die Mutter zu erben, und nicht den Vatter, wie zu sehen ist bey Manz. in §. quod verum 1. tit. de succeſs. descend.

Endlich verordnet der Art. zu End, 18.
daß der natürlichen Mutter, welche keine eheliche Kinder, oder Eltern hat, frey stehe, ihren natürlichen Kindern (verstehe als solchen, und nicht legitimirten) wann sie nur nicht vom verdammten Beyschlaff gebohrn, das Ihrige zu vermachen; es können auch die Brüder und Schwestern der Concubin oder andere ihre weitschichtigere Seiten-Freund ihrem letzten Willen nicht entgegen seyn.

Aus welchem aber mahlen ein handgreifflicher Unterschied unter dem natürlichen Vatter erhellet, welcher augenscheinlich darthut, daß die Erbschafft einer Cocubin, was die natürlichen Kinder betrifft, nicht härter seyn soll, als des Vatters. Dann der Vatter kan seinen natürlichen und nicht legitimirten Kinderen in Abgang ehelicher Kinder, und der Eltern nichts als den Unterhalt weder im Leben, von durch einen letzten Willen hinterlassen, sonder sein Vermögen fallet denen Seiten Erben ab

inte-

intestato zu, und wird der Concubin, welche weder eheliche Kinder, noch Eltern hat, der Gewalt auch nicht zugelassen, mittelst Umgehung der Seiten-Erben all ihr Vermögen ihren natürlich auch nicht legitimirten Kindern zu überlassen. Wer solte nun in vorigen Casu sagen, daß der Vatter seinen natürlichen und legitimirten Kinderen, nachdeme denen verhandenen Eltern allein die Noth-Gebühr gereicht worden, sein gantzes Vermögen vermachen, solches aber die Mutter nicht thun könne, wann nicht solches in unsern Land-Rechten besonders verordnet worden wäre.

Der dritte Articul.

Die natürliche Kinder, wann sie nicht legitimirt, mögen ihren Vattern nicht erben, doch ist man ihnen die Unterhaltung, wie obengemeldet, schuldig, seyn sie aber legitimirt, so soll auch die Legitimation, so vil die Erb-Nehmung der vätterlichen Güther, oder anderer von vätterlicher Seiten Befreundten herrührenden Erbschafften betrifft, kein Würckung haben, noch dise ihrem Vattern ab intestato succedirn, ausgenommen, dem einigen Fall, wann ihr Vatter einigen Bluts-Freund, oder auch kein Ehe-Frau, die ihne vermög der rechten Erben könnten, hinderlassen hätte, im solchen Fall sollen alsdann erst die natürlichen Kinder, welche nicht aus verdammter Geburt, sie seyen legitimirt, oder nicht, den gleichen Zutritt zu ihres Vatters Verlassenschafft haben.

Summaria.

1. und 10. Ob die *legitimirte* natürliche Kinder den Vatter erben?
2. Ob die durch nachfolgende Ehe *legitimirte* nicht nur allein, sonder auch mit denen ehelichen Kindern zugleich und in allem den Vatter, erben?
3. Ob im Mittel der Ehe, wann die *legitimation* darzwischen kommt, auch das Recht der Erst-Geburt verkehrt werde?
4. Was für eine Würckung habe die Fürstliche *legitimation*, oder der *comitum palatinorum*?
5. Ob der Fürst den Gewalt habe, einen natürlichen Sohn zu *prajudiz* der ehelichen Kinder, was die Erbschafft der Eltern betrifft, zu *legitimirn*?
6. Wann einer in dem Stand ist, daß er mit der *concubin* sich verehelichen, und die natürliche Kinder selbst *legitimirn* kan, ob solchem vom Fürsten die *legitimation* mit Recht ertheilt werden könne?
7. Was erfordert werde, daß der Fürst einen *legitimirn* könne?
8. Ob die *legitimation per oblationem curiæ* noch in Brauch seye?
9. Welcher Gestalten durch das Churfürstliche *Decret* der *commitum palatinorum* Stolzheit eingeschränckt worden?
11. und 13. Ob in Abgang der Befreundten und der rechtmäßigen Hauß-Frau die natürliche Kinder erben, oder, ob der Sohn die Güther als *vacant* an sich ziehen könne?
12. Obwohlen die Ehe-Frau die natürliche Kinder vom Vätterlichen Erb ausschliest, ob nicht doch der Vatter, da er die Ehe-Frau umgehet, solche als Erben einsetzen könne?

Wir haben in vorgehenden Art. gesagt, in welchen Fällen die natürliche Kinder nichts, oder etwas von ihren Eltern in Leben, oder von Todswegen bekommen können, jetzt folgt, welcher Gestalten sie ihre verstorbne Eltern, wann und in wie weit ab intestato erben? Und vor allem verordnet diser Art. wegen dem natürlichen Vatter, wegen dessen Erbschafft wird gesetzt.

1. Dise erste Regul, daß die natürliche Kinder ihren Vatter auf keine Weiß erben, wann sie nicht legitimirt seyn. Die Ursach haben wir schon oben gegeben, weilen weder für Kinder noch Agnaten oder Cognaten des Vatters gehalten werden, seynd auch nicht von dessen Hauß oder Familien. Gail. 2. obs. 115. n. 3. Covar. in 4. Decret. part. cap. 8. §. 8. n. 4. Forster de success. conclus. 2. decl. 4. Das Erb-Recht aber wird nicht gegeben, ausser durch die Agnation oder Cognation, welche wegen Haß gegen der Leichtfertigkeit unter dem Vatter, und denen natürlichen Kinderen verworffen worden, doch muß man ihnen den Geistlichen Rechten nach, und von natürlicher Billigkeit wegen, wie schon oben gesagt worden, die Unterhaltung, oder

oder auch ein Heyrath-Guth, wann selbes gering ist, und die Unterhaltung nicht übersteigt, gegeben werden, wie wir schon alles in vorgehenden Art. ausgelegt haben.

Was ist aber Rechtens, wann solche Kinder legitimirt worden, und unser Art. antwortet, daß die Legitimation, was die Erbschafft der Vätterlichen Güther, oder andere von Vätterlicher Seiten Befreundten herrührenden Erbschafften betrifft, keine Würckung habe. Aus der schon bemelten Ursach, weil alle Agnation und Cognation zwischen dem Vatter und denen natürlichen Kinderen verworffen ist.

Wann man sagt, daß dergleichen Mackel durch die Legitimation wider ausgelöscht, und die Verknüpffung des Geblüts gleichsam hergestellt werde. So antworten wir, daß die Legitimation der Alchimi gleich seye, welche macht, daß etwas erscheine, welches nicht ist, kan aber eine speciem in ein andere nicht umkehren, oder wie Gail. 2. obs. 140. n. 59. sagt, der legitimirte macht zwar die Figur eines rechtmäßigen, hat aber solche an sich selbsten nicht. Wellen aber dise Legitimations-Materi, wie Alexand. Raud. de analog. lib. 1. cap. 36. n. 35. redet, sehr weitläuffig, dieffgründig, und weitschichtig ist, deßwegen wollen wir mit Accasion dises Art. etwas davon vorbringen.

2. Und zwar erstlich, was die Legitimation betrifft, welche durch nachfolgende Ehe geschieht, ist gewiß, daß von diser unser Art. nicht rede; Dann die durch nach gefolgte Ehe legitimirte nicht nur, wann sie allein seyn, allein erben, sonder haben auch mit denen ehelichen Kindern, zu gleich, und in allem das Erb-Recht, sowohl in eigenthumlichen, als Lehen, Primogenitur oder Majorat-Güthern, in Welt- und Geistlichen Leib-Fälligen Güthern, in jure retractus gentilitii, oder jure protimiseos, in Einstand-Rechten, Krafft des Text in cap. tanta. 6. X. qui filii sint legit. Gail. 2. obs. 141. Myns. cent. 5. obs. 42. Covar. in quart. lib. Decret' cap. 8. §. 2. Aus Ursach, weil die Ehe all vorige Mängel ersetzt und purgirt, und von solchen Kräfften ist daß jene welche zuvor gebohrn worden, darfür gehalten werden, als wann sie der Eh nach wären gebohrn worden, oder vilmehr als wann sie gleichsam in der Ehe gebohrn wären, weil fingirt wird, daß die Ehe zur Zeit der Geburt schon gewesen, seye, welches so wahr ist, daß Schurpf. cent. 2. consil. 56. ansiehet, ob ein Fürst, oder ein anderer Weltlicher Gewalt verordnen können, daß die durch die Ehe legitimirte, auch in Lehen, Primogenitur oder Majorat-Güthern nicht erben sollen? Dann, wie wir gesagt haben, es wird, die Ehe auf die Geburths-Zeit der Kinder zuruck gezogen, also, daß darfür gehalten wird, die Ehe seye vor der Geburth der Kinder schon geschlossen worden. Wann nur die Ehe giltig, und rechtmäßig geschlossen worden. Obwohlen nun unser Art. gantz generaliter redet, und sagt, daß die Legitimation in der Erbschafft der Vätterlichen Güther, oder anderer, welche von denen Befreundten Vätterlicher Seits herkommen, keine Würckung habe, was das Erben betrifft, so ist doch nichts desto minder diß allein zu verstehen, von denen übrigen Gattungen der Legitimationen, welche vom Menschen geschehen, und nicht von diser Legitimation durch die Ehe, welche vom Gesatz geschieht zur Ehr der Ehe, welches unser Gesatz-Geber niemahlen hat aufheben wollen.

Man pflegt in diser Legitimations-Materi, so durch die Ehe geschieht, denen Studenten gemeiniglich die Frag zustellen, wie geschehen könne, daß ein eintziger Mann aus einem eintzigen Weib könne 3. Kinder erzeugen, deren das erste, und letzte ehrlich seynd, das mittlere aber unehelich; Hierauf wird geantwortet, daß er den ersten Sohn aus einem ledigen Weibs-Bild vor der Ehe erzeugt, nachdeme er sich aber verheyrathet, hat er mit der vorigen Concubin die Bekanntnuß nicht aufgegeben, und ein Ehebruch das andere Kind auf ihr gebohrn, alsdann stirbt seine Ehe-Frau, und er heyrathet dise seine Concubin, und erzeugt das dritte Kind. In disem Casu nun ist das erste, und letzte Kind ehrlich, das dritte als ein in der Ehe gebohrn, das erste als durch erfolgte Ehe legitimirt, das andere aber verbleibt unlegitimirt, weilen es aus verdammter Geburth, und also durch das nachgefolgte Ehe-Band nicht hat können legitimirt werden. Es könnte zwar einer in Zweiffel ziehen, ob nicht die inzwischen gepflogne Ehe hinderlich seye, daß das erste Kind durch die zweyte Ehe könne legitimirt werden? Es ist aber der Rechts-Gelehrten gemeine Lehr, daß die Legitimation durch folgende Ehe Platz habe, wann schon einer mit einer anderen sich zu vor verheyrath gehabt hat. forst. in tract. de success. ab intesti lib. 2. cap. de success. fid. leg. quæst. cujus ex concub. Gabr. lib 6. commun. conclus. conclus. 1. n. 14. Covar. loc. cit. n. 15. Schneidew. de patr. potest. n. 22. & ibidem Gottofred. in addit. wo er sagt, daß nicht allein, durch die entzwischen gekommene Ehe die Legitimation, sonder auch das Recht der Erst-Geburth nicht umgestossen werde.

Was ist aber zu sagen von der Legitimation, welche vom höchsten Fürsten selbsten, oder in dessen Nahmen von denen Comi-

Comitibus palatinis, geschicht, deren über all eine grosse Anzahl ist, also, daß fast kein Dorff ist, in welchem nicht ein solcher, wie sie meistens seynd, einfältiger Mensch anzutreffen ist, welcher nicht allein die natürliche Kinder, sonder auch die in Ehe-Bruch oder Blut-Schand gebohrne Kinder, und andere aus verdammter Geburth ohne geringsten Unterschied legitimirn, und nicht allein selbe zu Ehren und Burgerlichen Würde erhöben, sonder auch zu Vätterlich und Mütterlichen Erbschafften, zum Schaden und Præjudiz der Ehelichen Kindern fähig machen. Dise für wahr seynd ausser allen Zweiffel in unsern Art. begriffen, daß deren Legitimation zu Præjudiz der ehelichen Kinder, denen natürlichen Kinderen, so vil die vätterliche Erbschafft betrifft lediglich nichts nutze.

5. Wegen des höchsten Fürsten ist ein grösserer Zweiffel, dan die meiste halten darfür, es seye kein Zweiffel, daß nicht der höchste Fürst aus seinen vollmächtigen Gewalt ein jedwederen natürlichen Sohn könne zu rechtmäßigen Sohn erklären, weil in dessen Händen alle Gesatz thuen, welche er auslegen, und gar abthun kan nach seinem Gefallen, welchen Gewalt ihme zu widersprechen, oder in Zweiffel zu ziehen, gleichsam ein Sacrilegium wäre. L. disputare 3. Cod. de crim. sacril. L. 5. Cod. de divers. rescript. Diß doch ist gewiß, daß dessen Legitimation darfür gehalten werde, niemahlen geschehen zu seyn zu Præjudiz der ehelichen Kinder, was das Vätterliche Erb betrifft, wann nicht solches nahmentlich in dem Diplomate der Legitimation ausgeworffen worden. Myns. L. 1. obs. 3. n. 3 Wo er sagt, daß die Gnaden der Fürsten niemahlen dem dritten præjudicirn, wann nicht der höchste Fürst solches sonderheitlich exprimirt, und zwar aus eigner Bewegnuß, und eignen Wissen. Jenes doch wird dem gemeinen Recht nach in Novell. 74. und auth. præterea Cod. de nat. lib. und absonderlich in Novell. 89. §. si verò. denen natürlichen Vätteren zu gelassen, daß sie um die Legitimation ihrer natürlichen Kindern supplicirn können, und für eine Supplication gehalten werde, wann der Vatter im Testament den natürlichen Sohn als Erb eingesetzt, und verlangt hat, daß der Fürst ihme solche Gutthat bestättige. Für wahr aber dise Text reden nur vom Casu, wann keine eheliche Kinder verhanden seynd.

6. Jenes aber ist gar unwürdig, daß, wann eine Concubin in solchen Stand ist, daß der Vatter, welcher zu gleich neben denen natürlichen auch eheliche Kinder hat, solche heyrathen kan, solches aber nicht thut, ihme die natürlichen Kinder von höchsten Fürsten sollen legitimirt werden. Krafft des Text. in auth. præterea Cod. de nat lib. Wo dem Fürsten auf beschehnes supplicirn allein in jenem Fall zu legitimirn zu gelassen wird, wann die Concubin schon gestorben ist, oder ein Verbrechen verübt, oder verborgen wird, oder sonsten zu erscheinen verbotten wird, oder von der Ehe verhindert ist. Obwohlen auch diser Texten ohngeacht die DD. gemeiniglich denen Fürsten den Gewalt zu eignen, die natürliche Kinder für ehelich zu erklären, wann schon der Vatter eheliche Kinder, und um Legitimation der natürlichen Kinder nicht supplicirt hat. Ja obwohlen die Concubin in solchen Stand ist, daß der Vatter mit ihr sich verehelichen, und seine Kinder selbst legitimirn kan. Wovon wir mehrers nicht reden wollen, dan es ist genug, daß unser Art. unter denen vom Fürsten oder Comite palatino legitimirten keinen Unterschied machet, und also für glorios haltet, das, was denen Comitibus palatinis nicht zu gelassen wird, auch unser höchster Lands-Fürst ihm nicht erlaubt zu seyn darfür haltet.

Wer ein mehrers von der Legitimation durch Fürstliche Rescript zu sehen verlangt, der lese den Covar. in 4. lib. Decret. cap. 8. §. 8. Grabr. commun. conclus. lib. 6. conclus. 3. 7. & seq. Gail. 2. obs. 141. & ibid. Græveum. Manz. de succes. ab intest. tit. 10. §. 1. per tot. wo er gantz kurtz und sehr schön beschreibt, was zu deme erfordert werde, daß ein Fürst oder Kayser einen legitimirn könne, nehmlich daß er selbsten die Legitimation thue, weil zweiffelhafftig ist, ob die Legitimation durch einen Anwald geschehen könne? 2. daß der, so legitimirt werden soll, sein Unterthan seye, weil die Legitimation ein Actus Jurisdictionis ist, und sich über seine Jurisdiction nicht erstreckt. 3. Daß der, so legitimirt wird, in dessen Territorio stehe, weil deme so eine Jurisdiction in fremden Territorio exercirt, nicht gehorsam wird, 4. daß der, so legitimirt wird, nur ein natürlicher Sohn, und nicht von verdammter Geburth seye, dann solche entweders gar nicht zu legitimirn seynd, oder wann sie legitimirt worden, so wird præsumirt, daß die Legitimation sub- & ab reptitie erschlichen worden, ja sie gilt auf keine Weiß, wann nicht ausdrucklich und nahmentlich vom Fürsten gesagt worden, daß er aus gewisser Wissenschafft und aus vollständiger Gewalt legitimirt habe. 5. daß der, welcher legitimirt wird, kein Kind mehr seye, weil vile zweifflen, ob ein Kind, welches keinen Verstand hat, könne legitimirt werden? Weilen 6. allzeit der Con- 7.

sens dessen so legitimirt wird, erfordert wird. 7. Daß die Legitimation aus einer gerechten Ursach geschehe. 8. Wann keine ehliche Kinder vorhanden. 9. Oder wann solche vorhanden, daß die Legitimation geschehe mit der Clausul non obstante ex plenitudine potestatis &c. 10. Daß die weltliche Legitimation nicht auf Geistlich, und die Geistliche nicht auf weltliche Sachen erstreckt werde. 11. Daß die Legitimation geschehe in dem Fall, wo der Vatter selbst seine natürlichen Kinder durch folgende Ehe nicht legitimirn kan. Welch alles und noch mehrers aldort sehr klar erleutert wird, wovon wir abstrahirn, damit nicht unser Werck zu groß werde, weil des D. Manzii würcklich, dessen Commentario über die Institutiones imperiales einverleibt ist, welcher Commentarius schier in allen Händen, und sonderheitlich in Spanien in grossen Ehren und Schätzung ist.

8. Von der dritten Arth zu legitimirn per oblationem curiæ, etwas zu reden ist nicht nöthig, weil solche in Abgang gekommen, gewiß, wann wir sagen, daß des Fürsten Rescript, für die Legitimation der natürlichen Kinder was das Erben betrifft, denen ehelichen Kinderen nicht præjudicire, so ist nothwendig zu sagen, daß auch die oblatio curiæ nicht præjudicire.

9. Wir setzen disem unsern Art. das Churfürstliche Decret bey, wodurch der Comitum palatinorum Stoltzheit bey Legitimirung der natürlichen Kindern dapffer eingeschränckt worden. Unser Art. stimmt ein mit jenem, was Forster loc. suprà cit. hat, welcher simpliciter vermeynt, daß niemand die Erlaubnuß zu geben seye, die natürliche Kinder zu Præjudiz der Ehelichen, was die Erb-Nehmung betrifft, zuzulassen seye, welches unser gescheidister Gesatz-Geber gethan hat. Wann man fragt, ob der Kayser den Gewalt habe, solche Legitimation wider die klare Verordnung dises unsers Art. zu Præjudiz der ehelichen Kinder, so vil das Erben betrifft, zuzulassen? So lassen wir dir geneigter Leser solches anheim gestellt, wel gefährlich ist, des höchsten Fürsten Gewalt in Zweiffel zu ziehen, und dise Frag zur Auslegung unsers Art. nichts beytragt.

10. Und dise Decision unsers Art. daß auch die legitimirte den Vatter nicht erben, hat nicht allein Platz, wann eheliche Kinder vorhanden seynd, oder auch des Vatters Eheleibliche Eltern, welchen die Legitima gebührt, sonder auch, wann andere des natürlichen Vatters Seiten Befreundte, Brüder, Schwestern, oder Enckelen aus ihnen, oder dergleichen biß auf den zehnten Grad Verwandte verhanden seynd: Ja auch die Ehe-Frau selbsten, wann keine Seiten-Erben vorhanden, thut Krafft des Edicti unde vir & uxor. &c. die natürliche legitimirte Kinder von der Erbschafft ab intestato ausschliessen. Aus gleicher Ursach, welche wir schon öffters angeführt haben, weilen zwischen dem Vatter, und unter denen natürlichen Kindern alle Freundschafft verworffen wird, wo aber keine Freundschafft erkennt wird, allda wird ab intestato keine Erbschafft zu gelassen.

Wann man fragt, ob also in Abgang aller Seiten Befreundten, und der rechtmäßigen Ehe-Frau der Fiscus solche Güther an sich ziehen könne, als vacante Güther? So antworten wir, daß Krafft dises Art. dergleichen Güther des natürlichen Vatters dem Fisco nicht, sonder denen natürlichen Kindern zu fallen, sie mögen legitimirt seyn oder nicht, doch nicht Freundschafft halber, welche, wie wir gesagt haben, nicht erkennt wird zwischen dem Vatter, und seinen natürlichen Kindern, sonder aus Mitleiden, welcher Erbschafft sie mehrers würdig seynd, als der Fiscus; Weilen ihnen in allen Fällen der Unterhalt gebührt, so erkennen wir eben darum auch, daß solcher unehelichen Geburth ein natürliche Wurtzel einverleibt seye, welche den Fiscum ausschließt, und nicht zulaßt, daß die Güther vacant seyn sollen. 11.

Unser Art. nimmt aus die Kinder von verdammter Geburt, von welchen der 7. Art. handlet.

Doch ist sonderheitlich diß zu mercken, daß, obwohlen auch die rechtmäßige Hauß-Frau die natürliche Kinder von der Erbschafft des natürlichen Vatters ausschliesset, doch dem natürlichen Vatter frey stehe, wann keine Seiten Befreundte vorhanden, seine natürliche Kinder, wann schon sie nicht legitimirt seynd, als Erben einzusetzen, die Ehe-Frau zu umgehen, und solchen Kindern sein Vermögen durch letzten Willen zu überlassen: Wie wir in vorgehenden Art. vers. wären aber gesagt haben. Dessen ist die Ursach, weilen der Lieb und Affection des Vatters gegen seine natürliche Kinder etwas zuzusehen ist, weil sie in der That von seinem Blut seynd, wann sie schon von verdammter Geburth herstamme. 12.

Was ist aber Rechtens, wann Seiten Befreundte, oder auch ein rechtmäßige Ehe-Frau verhanden, welche aber zum Erben nicht fähig seynd? Und wir antworten, daß auch in disem Fall der natürliche Vatter nicht allein den Gewalt habe, seine natürliche Kinder als Erben einzusetzen, sonder daß auch dise, wann der Vatter keinen letzten Willen gemacht hat, mit Ausschluß des Fisci ab intestato erben. 13.

Der

Der vierte Articul.

Die Enckel, oder Kinds-Kinder, welche von einem unehelichen natürlichen Sohn gebohren, sie seyn ehelich oder unehelich, auch die, welche von einem ehelichen Sohn unehelich gebohren, mögen ihren An-Herrn vom Vatter hero, in keinem Fall erben, man ist ihnen auch von des An-Herrn Guth die Alimenta nicht schuldig.

Summaria.

1. Ob die von einem natürlichen Sohn gebohrne Encklen ihren natürlichen An-Herrn *ab intestato* erben können?
2. Ob wenigst der An-Herr nicht schuldig seye, ihnen die *alimenta* zu verschaffen?
3. Ob der An-Herr das vom natürlichen Sohn ehelich erzeigte Denckle, wann er kein Kind hat als Erben einsetzen könne?
4. Ob im Zweiffel der An-Herr darfür gehalten werde, daß er das Denckle in Ansehung eigner *Meriten* als Erben einsetze, und nicht in Ansehung des Vatters?

1. Wir haben in vorigen Art. allein von denen natürlichen Kinderen selbsten gehandlet, welcher Gestalten und wie weit sie den Vatter oder die Mutter ab intestato erben, jetzt diser Art. setzt einen Casum von denen Encklen; Dann wann der natürliche Sohn, wie ihme nicht verbotten ist, sich verheyrathet, und aus solcher Ehe eheliche Kinder gebohren hat. So wird gefragt, ob dergleichen Kinder ihren natürlichen An-Herrn ab intestato erben können? Die Ursach zu zweifflen ist, weil solche Kinder ehelich seynd, und keine Mackel haben, weil sie aus rechtmäßiger Ehe herstammen, und also zur Erbschafft ihres An-Herrn fähig seynd: Dessen doch ungeachtet verordnet unser Art. daß die von einem natürlichen Sohn ehelich gebohrne Encklen, wann ihr Vatter gestorben, den An-Herrn nicht erben; Die Ursach ist klar, weilen zwischen dem natürlichen Vatter in seinen natürlichen Kinderen alle Freundschafft verworffen ist, gleichwie nun die natürlichen Kinder für Kinder nicht erbend werden, also auch werden weiters die aus ihnen gebohrne für Enckle nicht erkennt. Hernach werden wir kurtz hernach sagen, daß die Enckle und Urenckle und alle in absteigender Lini kommende Erben in stirpes secundirn, wann sie schon allein seynd, und also in die Stell ihres Vatters eintretten: Glechwie nun ein natürlicher Sohn, wie in vorgehenden Art. ausgelegt worden, seines natürlichen Vatters Erb nicht seyn kan, weder im Testament, noch ab intestato, so lang dem Vatter Seiten Befreundte biß auf den 10ten Grad vorhanden seynd, ja nach einiger Meynung biß in infinitum. Also auch ein Enckle, welcher in des Vatters Stell eintritt, oder Urenckle kan kein Erb seyn, weil dise alle eine unfähige Persohn repræsentirn, und also auch sie unfähig seynd, weil die Kinder nicht besser als der Vatter seyn soll.

2. Aus welchem folget, daß, wann ein eheliches Denckle, das ist, welches aus rechtmäßiger Ehe gebohren, seinen natürlichen An-Herrn nicht erben kan, noch vil weniger ein Denckle erben könne, welches vom natürlichen Sohn ausser der Ehe erzeugt worden, welches der Art. so weit extendirt, daß der An-Herr dem Denckle, welches vom natürlichen Sohn ehelich oder unehelich gebohren worden, (also verstehen wir den Art.) so gar die Alimenta zu geben nicht schuldig seye. Welches zwar erträglich ist, wann man setzt, daß der Vatter des Denckelens noch in Leben, und in solchen Stand seye, daß er seinem Sohn, er mag ehelich oder unehelichen seyn, die Alimenta verschaffen könne: Aber wie im Fall, da der Vatter verstorben, und des An-Herrn Erbschafft groß ist, einem armen bedürfftigen Denckle die Alimenta sollen abgespahnt werden, das scheint hart zu seyn: Gewiß es scheint widriger Meynung zu seyn. Valent. Forster de success. lib. 6. cap. 47. n. 35. Wo er ausdrucklich sagt, daß auch ein An-Herr oder Ur-An-Herr, wann der Vatter oder Mutter abgehet, gehalten seyen, die Enckle und Ur-Enckle zu unterhalten, welche von ihren natürlichen Sohn erzeugt worden. Wo er citirt den Nicol. de Ubaldis. in tract. de success. ab intestato part. 1. n. 47. Welcher Meynung ich wahrhafft anhangete, wann nicht unser Art. das Widerspiehl ausdrucklich verordnete, es kan doch dise Strengheit um so mehr ertragen werden, weil die Burgerliche Recht auch denen ausser der Ehe gebohrnen Kindern ersten Grads den Unterhalt absagen

gen, auth. Licet. Cod. de nat. lib. auth. ex complexu Cod. de incæst. nupt. & novell. 89. cap. 15. Welche Text doch absonderlich von denen Kinderen aus verdammter Geburth reden. Siehe doch, was bey dem nachfolgenden Art. gesagt wird.

3. Wann man aber weiters fragt, ob der An-Herr das Enckle, welches vom natürlichen Vatter aus rechtmäßiger Ehe gebohrn worden, wann kein eheliches Kind vorhanden, als Erben einsetzen, oder ihme durch anderen letzten Willen etwas vermachen könne? So scheint es seye mit Ja zu antworten, wegen der allgemeinen Regul, daß niemand verbotten werde Erb eingesetzt werden zu können, wann nicht diß sonderheitlich verbotten zu seyn zu finden ist. L. 28. quod eis. ff. ex quib. caus. maj. L. ab ea 5. ff. de prob. L. extraneam. 9. Cod. de hæred. instit. Aber es wird das Verbott nirgend gefunden, daß ein Enckel, so vom Sohn ehelich gebohrn, als Erb nicht eingesetzt werden könne, ergo &c. Hernach hat der ehelich gebohrne Enckel die Mackel, welche den Sohn von des Vatters Erbschafft aus Haß der Leichtfertigkeit ausschließt, nicht an sich, ergò, die DD. aber machen gemeiniglich einen Unterschied, ob der Enckle vom An-Herrn in Ansehung und Betracht des natürlichen Sohns, und wegen der Zuneigung, welche er gegen den natürlichen Sohn hat, als Erb eingesetzt werde? Und in solchen Fall gilt die Einsetzung nichts. Gail. 2. obs. 88. n. 15. Wann aber der An-Herr das Enckle, welches der Sohn ehelich gebohrn, einsetzt wegen eignen Meriten, so ist gewiß, daß solche Einsetzung in allweg gelte, Covar. de spons. part. 2. cap. 8. §. 5. n. 17. Forster. de success. lib. 6. cap. 47. n. 42. wo er sagt, wann schon die eheliche Encklen am Vätterlichen Lastern nicht Theil haben, so werden sie doch wegen ihres Vatters Mackel von des An-Herrn Erbschafft ausgeschlossen, welche, weilen bey denen Söhnen offenbar ist, und angefangen hat, solche hernach denen Encklen und weitern Descendenten anklebt, wann sie schon von Vatter rechtmäßig gebohrn worden.

Wann man fragt, ob im Zweiffel der An-Herr darfür gehalten werde, daß er das Enckle in Ansehung des Vatters oder in Ansehung eigner Verdiensten zum Erben einsetze? So antwortet Gail. loc. cit. n. 15. ad. fin. daß im Zweiffel nicht præsupponirt werde, daß die Erbs-Einsetzung des Enckels um die Gesätz zu hintergehen geschehen seye. Krafft des Text. in L. fin. ff. de his quib. ut indign. Jason in L. hæreditas. n. 8. Cod. de his quib. ut indig. Welches sonderheitlich Platz hat, wann Muthmassungen vorhanden seynd, daß der An-Herr grössere Lieb und Affection gegen das Enckle, als gegen seinen natürlichen Sohn trage. Zum Exempel, wann der Vatter, da er das Enckle als Erben einsetzt, oder ihme etwas legirt, ausdrucklich beysetzt, daß dem Vatter die Nutz-Niessung nicht zu gehen soll, dann ein solche Verordnung zeigt handgreifflich an, daß des An-Herrn Absehen nicht seye, jenes, was ihme directe verbotten ist, das ist, daß er dem natürlichen Sohn nichts hinderlassen könne, per indirectum zu ersetzen. Idem Gail. loc. cit. 4.

Der fünffte Articul.

Die uneheliche natürliche Kinder, wann sie gleich gar in offner Unzucht erzeugt wären, erben ihr Mutter und ihr Geschwistergit, auch derselben Kinder, welche von ihrer Mutter in der Unzucht gebohren, es sey gleich die Mutter ehelicher, oder unehelicher Geburth: Aber den Mütterlichen An-Herrn mögen sie anderst nicht erben, weder wann die Mutter ehelich gebohren, oder sonsten gar keine Freund von des An-Herrn Siptschafft vorhanden: Die Mütterliche An-Frauen aber erben solche Kinder, wann gleich der An-Frauen Kinder unehelicher Geburth wären. Doch mit disem Unterschied, wo die Mutter, desgleichen der Mütterliche An-Herr, oder An-Frau, sonsten andere eheliche Kinder, oder Kinds-Kinder hätten, daß die unehlichen Kinder, oder Kinds-Kinder, ohne Testament mehrers nicht, dann die blosse Unterhaltung erben sollen. Aber durch Testament mag ihnen so vil verordnet werden, als vil oben im 2. Articul dises Tituls dem Vatter und Mutter, solchen Kinderen zu verschaffen zugelassen ist.

Summa-

Summaria.

1. Ob die natürliche Kinder und *Bastarden* ihre Mutter, auch die von ihrer Mutter in der Unzucht erzeigte Brüder und Schwestern *ab intestato* erben?
2. Ob sie auch den Mütterlichen An-Herrn und andere aufsteigender Lini erben?
3. Ob die uneheliche Encklen die Mütterliche An-Frau erben, wann schon ihr Mutter unehelich oder ein *Bastard* gewesen?
4. Wann die uneheliche Encklen mit Mutter oder Vatters ehelichen Brüdern oder Schwestern anstehen, ob sie den An-Herrn oder An-Frau erben können?
5. Warum der Vätterliche An-Herr nicht schuldig seye, denen unehelichen Encklen die *Alimenta* zu geben, wohl aber der Mütterliche An-Herr?

Von Erb-Nehmung ab intestato der natürlichen Kinderen und der aus ihnen gebohrnen Encklen in der Vätterlichen und An-Herrlichen Erbschafft haben wir in vorgehenden Articuln gehandlet; Jetzt folgt, wie man die Mutter und andere auffsteigender Lini, und Seiten-Lini Mutter Seits erbe? Zu dessen besser Erläuterung ist aus dem ersten Art. zu præsupponiren, daß der Unehelichen dreyerley Gattungen seyen, nemlich die natürliche, das ist, welche aus solchen Persohnen gebohren, deren jede ledig und in solchen Stand gewesen, daß sie zur Zeit des Beyschlaffs sich gegen einander hätten verheyrathen können. Die andere Gattung seynd die Spurii, Bastarden, oder Panckhart, welche von Huren gebohren werden, deren Vatter ungewiß ist; Die dritte Gattung, welche aus verdammter Geburt entspringen, die erstere zwey Gattungen, das ist, die natürliche, und die Spurios setzt der Art. zusammen, und setzt wegen selben

1\. Dise erste Regul, daß die natürliche und Huren-Kinder ihre Mutter, ja auch ihre andere Brüder und Schwestern, so von ihrer Mutter auf gleiche Weiß gebohren worden, und der Brüder und Schwester Kinder ab intestato erben. Welches mit dem gemeinen Recht übereins stimmt, in L. 2. ff. unde cogn. wo Cajus J. C. sagt: Es können auch die Huren-Kinder die Mutter, und die Mutter solche Kinder, ja die Brüder selbst einander erben, weil sie ein ander Befreund seynd, und sie die Bluts-Freundschafft zum erben einladet. Mit einem Wort die natürliche, und die Huren-Kinder erben die Mutter, und alle, welche von der Mutter herstammen erben einander, also zwar, daß eine schwangere der Dienstbarkeit entlassene, wann sie gebohren hat, und jener, welcher gebohren worden, die Mutter, und die Mutter ihn, und auch unter einander jene, welche gebohren werden, Befreundte seynd, wie geantwortet hat Modest. in L. 8. ff. unde cogn. & Ulpianus in L. 1. §. sed vulgò quæsiti ff. ad S. C. tertull. Und ist der Text in §. vulgò quæsiti Inst. de legit. cogn. success. Ja wann solche natürliche Kinder, oder Huren-Kinder von der Mutter im Testament umgangen worden, so können sie solches Testament dem gemeinen Recht nach querelliren. dict. §. vulgò quæsiti Instit. de success. & L. si suspecta 29. ff. de inoff. testa. Wovon kurtz hernach ein mehrers. Und diß ist wahr, es mag solcher Kinder die Mutter ehelich oder unehelich gebohren seyn, weil allzeit zwischen der Mutter und ihren Kindern ein Freundschafft ist, in Ansehung dessen der Prætor ihnen gegen einander die Possessionem Bonorum zueignet.

Wir haben gesagt, daß die natürliche und die Huren-Kinder die Mutter, und die von ihr abstammende erben, was ist aber zu sagen, von denen, so aufsteigender Lini seynd? Und es antwortet unser Art. mit dem Unterschied, ob die Mutter solcher Kinder ehelich gebohren, oder ob sie auch ein natürliche Tochter, oder Huren-Kind gewesen? In dem letzteren Fall haben die Enckle in des Mütterlichen An-Herrn Erbschafft keinen Theil, weilen, wie oben öffters gesagt worden, unter dem An-Herrn und seiner Tochter, nemlich der Mutter diser Encklen, alle Freundschafft verworffen ist, also um so mehr ist die Freundschafft zwischen dem An-Herrn und denen wiederum unehelichen gebohrnen Encklen verworffen, oder damit wir kürtzer reden, die Mutter selbsten der unehelichen Kindern, weil sie gleichfalls ein Huren, oder natürliches Kind gewesen, hat vom An-Herrn nichts als die Unterhaltung, oder ein geringes Heyrath-Guth anstatt des Unterhalts, und auf keine Weiß die Erbschafft aus einem Testament, oder ab intestato prætendiren können, können also auch die Encklen solche nicht erforderen. In dem ersteren Casu aber, wo die Mutter der unehelichen Kindern ehelich gewesen, können, nachdem die Mutter gestorben, den An-Herrn erben, weil sie in die Stell der Mutter eintretten, die Mutter aber 2.

als ein rechtmässige Tochter ist der Erbschafft fähig gewesen, seynd also auch die Enckle jure repræsentationis fähig, und erben den Mütterlichen An-Herrn.

3. Ein anderes ist bey dem Erb der Mütterlichen An-Frau, daß nemlich die uneheliche Encklen die Mütterliche An-Frau erben können, wann schon ihre Mutter ein Huren, oder natürliches Kind gewesen. Aus Ursach, weil ein solche Mutter die An-Frau geerbt hätte, wann sie das Leben wurde gehabt haben, weil, wie wir gesagt haben, die Freundschafft nicht verworffen ist, also auch erben die Enckle, welche in die Stell der Mutter jure repræsentationis eintretten.

4. Einen merckwürdigen Casum nimmt unser Art. aus, wo weder die natürliche noch die Huren-Kinder, noch die Encklen, so Huren oder natürliche Kinder seynd, die An-Herrn oder An-Frauen erben können, wann eheliche Vatter oder Mütters Geschwistrigt, oder von ihnen Kinder verhanden seynd. In welchem unter dem gemeinen und unsern Land-Recht abermahl ein Unterschied ist, weil die uneheliche, wie wir oben schon gesagt haben, die Mutter zugleich mit denen ehelichen sowohl aus einem Testament, als ab intestato erben. Ja wann sie umgangen werden, die Querelam inofficiosi haben, welches, wann rechtmässige Kinder verhanden, nach unsern Land-Recht nicht Platz hat. Also daß die uneheliche natürliche, oder Huren-Kinder die Mutter, welche den ehelich gebohrnen Sohn, oder aus ihne ein Enckel in Leben hinterlassen hat, weder im Testament, noch ab intestato Erben seyn können, welches unsers Ermessens zur Gleichheit fürnehmer Familien geschehen, dann obwohlen, wie wir gesagt haben, die natürliche oder Huren-Kinder, so von einer gemeinen Persohn gebohren, zugleich mit denen ehelichen Kindern die Mutter erben können, so ist doch dises in L. si qua 5. Cod. ad S. C. orfician. vom Kayser Justiniano, was die Hoch-adeliche Frauen-Zimmer betrifft, weil sie eheliche Kinder neben den unehelichen haben, geändert worden, daß nemlich ein aus einer Hoch-adelichen Dam gebohrnes uneheliches Kind, wann eheliche Kinder verhanden, weder ab intestato noch in Krafft eines Testaments, noch aus einer in Leben gehabter Freygebigkeit etwas von Hoch-adelichen Müttern empfangen können. Forster de succes. lib. 6. cap. 48. n. 2. Dessen Ursach gibt Justinianus in dict. L., weilen darfür gehalten wird, daß denen Hoch-adelichen Frauen, welche sich absonderlich vor anderen standmässig und keusch halten sollen, Huren-Kinder zu haben gar zu schmächlich und injurios, sehr hart, und zu unsern Zeiten gar zu unanständig ist. Es hat demnach auch unser Durchleuchtigister Gesatz-Geber zu unsern Christlichen Zeiten gar zu unanständig insgemein wegen allen weiblichen Geschlecht gehalten, welchen die Keuschheit zu halten nach dem Christlichen Gesatz meistens obgelegen ist, daß sie ihren ehelichen Kindern durch unkeusches Leben noch natürliche oder Huren-Kinder zur Erbschafft beygesellen sollen. Wann also, da eheliche Kinder verhanden, die natürliche, und Huren-Kinder nach unsern Land-Rechten ihre Mutter nicht erben, so erben sie noch weniger den An-Herrn oder An-Frau, wann sie eheliche Kinder haben, wie unser Art. ausdrucklich mit sich bringt.

diff.

Doch ist aus unsern Art. zu mercken, daß denen unehelichen, und Huren-Kindern, wann eheliche Kinder obhanden, nichts destoweniger die Unterhaltung gebühre, und, weilen der Art. nahmentlich von den unehelichen Söhnen und Encklen redet, so scheint, daß nicht allein die Mutter, sondern auch der An-Herr und An-Frau den Unterhalt denen unehelichen Kindern zu geben verbunden seyn, weil jedoch in vorgehenden 4. Articul gesagt wird, daß man den unehelichen Kindern von des An-Herrns Guth keine Unterhaltung schuldig seye. So scheint, daß diß ein Contradiction seye. Es wird aber geantwortet, wann wahrgenommen wird, daß in vorgehenden Articul die Red ist von unehelichen Kindern, welche den Vätterlichen An-Herrn erben wollen, in disem Art. aber von jenen unehelichen Kindern geredt werde, welche den Mütterlichen An-Herrn erben wollen. Die Mütterliche Eltern haben von darumen ein grössere Schuldigkeit die uneheliche zu unterhalten, weil unter ihnen die Freundschafft nicht verworffen ist, wie solche verworffen ist unter den unehelichen Kindern, und ihren Vatter, und an Seiten Vätterlicher Lini. Obwohlen nun in dem vorgehenden 4. Art. darfür gehalten haben, daß aus natürlicher Billichkeit der Vätterliche An-Herr zu Beyschaffung des Unterhalts für die uneheliche Enckle, wann ihr Vatter arm ist, gehalten seye, so ist doch diß allein also zu verstehen, wann solche uneheliche auch Mütterlicher Seits ihren Unterhalt nicht haben können, dann, gleichwie unter denen unehelichen und unter der Mütterliches Lini wegen reciprocirlicher Erbschafft 5.

schafft ein kräfftigeres ist, als unter den ehelichen und Vätterlichen Lini, also auch muß billich ein stärckere Verbindlichkeit seyn wegen Reichung der Unterhaltung.

Der sechste Articul.

Es soll auch wider obgesetzte Articul kein einige Legitimation, Confirmation, oder Will-Brieff, oder ander dergleichen Freyheit, wie die Nahmen haben mag, und von was Geistlichen oder Weltlichen, hohen oder niederen Obrigkeiten solche erlangt wären, kräfftig seyn.

Summaria.

1. Ob der Durchleuchtigiste Gesatz-Geber in disem Art. alle von denen unehelichen Kindern erhaltene Frey-oder *Dispensations*-Brieff habe zernichten können?
2. Ob das *Legitimations*-Recht *de regalibus* des höchsten Fürsten seye, und also allein dem Kayser zustehe, oder auch denen Chur-Fürsten, und anderen Reichs-Fürsten?

1. Vor disem ist die Gewohnheit gewesen, daß von denen unehelichen Kindern die Litteræ confirmatoriæ ausgebracht wurden, in dem Fall, da sie von ihren Eltern als Erben eingesetzt werden, oder ihnen etwas im Leben, oder durch letzten Willen zugeeignet, oder ihnen auch die Erbschafft ab intestato eingeraumt wurde, daß solches giltig und kräfftig seyn soll, und gehalten werden müsse. Solche Bestättigungs-Zulassungs- oder Dispensations-Brieff aber thut gantz recht unser Art. verwerffen und zernichten, dann weilen die Legitimation seine Schrancken hat, worinn sie sich halten muß, so können solche ausserordentliche Freyheiten, Gnaden, Zulassungen, oder wie sie immer mit anderen pomposen Nahmen betitult werden, dergleichen Schrancken nicht übersteigen, noch eine grösseren Gewalt oder Authorität haben. Und obwohlen der Art. in genere redet von allen Geistlichen und Weltlichen Obrigkeiten, nieder oder hohen, so zweifflen wir doch nicht, daß der Beysatz dises Art. absonderlich auf die Authorität der Geistlichen und Weltlichen höchsten Fürsten nemlich des Papsts oder des Kaysers sehe, als in deren Cantzleyen dergleichen Dispensations-Brieff um ein geringes unter den Cantzlisten theilbares Stuck Geld leichtlich erbettlet, und erhalten werden, dann obschon denen höchsten Fürsten ihre Regalien, und vorbehaltene Recht ohnbekränckt bleiben müssen, so stehet doch nichts desto minder jedem Fürsten frey, daß er in seinem Land, worinn er das Recht hat, Statuten und eigne Gesatz aufzurichten, dergleichen erbettlete Freyheiten ausrotten könne. Die Ursach ist an sich selbst klar, dann wann er statuiren kan, daß die durch ein Fürstl. Rescript legitimirte zu Præjudiz der ehelichen nicht erben können, warum soll er nicht auch verordnen können, daß solche Zulassungs- und Dispensations-Brieff unnutzlich seyn sollen? Dann dem jenes zustehet, was mehr ist, dem muß auch zustehen, was weniger ist.

2. Hernach, obwohlen die DD. gemeiniglich das Recht zu legitimiren, und dergleichen Dispensations-Brieff zu machen unter die Regalien und Vorbehaltnussen des höchsten Fürsten zehlen, so zweifflen wir doch nicht, daß sich die Sach im Römischen Reich anderst verhalte, weil alle Regalien den Chur- und Reichs-Fürsten communicirt werden. Wann also die höchste Regalien, von welchen in cap. uni. de regal. in usib. feud. gehandlet wird, denen Chur- und Fürsten als Lehen verliehen werden, also daß ein jeder Fürst in seinem Land Kayser ist, consil. argentorat. vol. 2. cons. 62. n. 14. So sehen wir nicht, warum nicht auch sie in ihren Länderen die Legitimations-Recht haben sollen, dann der, wie wir gesagt haben, hat, was mehr ist, der muß noch vilmehr haben, was weniger ist. Dann wer zweifflet, daß die Steuer und Zoll und dergleichen sehr einträgliche Recht denen Legitimationen weit vorgehen, wann also der Kayser dergleichen als Lehen bekannter Dingen communicirt, warum sollen nicht auch die Legitimations-Recht, so von keinen Nutzen seynd, für communicirt zu seyn eracht werden. Vor mehr Jahren hat der Hochwürdigiste und Durchleuchtigiste Bischoff zu Freysingen von mir zu wissen verlangt, ob

ob er einen seines Unterthans natürlichen ihme sehr angenehmen Sohn legitimiren könne? Deme ich geantwortet, daß die DD. das Recht zu legitimiren unter die Regalien der höchsten Fürsten zehlen, damit aber Ihro Durchleucht in disen Disput nicht verfallen, ob diß allein von Kayser zu verstehen seye, so habe gerathen, daß Ihro Durchleucht wegen des Recht zu legitimiren sich nicht in den Regalien, so denen Reichs-Ständen zustehen, fuessen sollen, weil gewiß ist, daß gewisse Recht seyen, welche dem Kayser sonderheitlich vorbehalten seynd, unter welche auch das Recht zu legitimiren, was die Erbschafften betrifft, nach einiger Authorn Meynung gezehlt wird, sondern daß sich Ihro Durchleucht in der Comitiva palatina gründen solle, dann wann die Comites palatini, welche gemeiniglich gemeine Leuth seynd, und in keiner Würde stehen, aus Kayserlicher Freyheit das Recht zu legitimiren haben können, gleichsam per Fictionem, warum soll nicht eben dises Recht zu legitimiren denen wahren Comitibus palatinis zustehen, dergleichen seynd die aus dem Durchleuchtigisten Hauß Bayern Gebohrne? Wir aber legen die Hand ab, uns ist genug, daß gar kein Legitimation oder Dispensation wider vorbemeldte Gesatz, auch durch ein Rescript des höchsten Fürsten gelten müsse. Und gantz recht, weil sonsten vile DD. so behertzt wären, daß sie auch den Gewalt des höchsten Fürsten zu Præjudiz anderer zu legitimiren glathin nicht zulassteten.

Der siebende Articul.

Die Kinder aus verdammter Geburt könnten weder ihr Vatter, noch Mutter, weder durch Testament noch ohne Testament erben, wann sie auch aufs best es immer seyn kan, und insonderheit zu den Erbschafften legitimirt wären, dann allein so vil ihr Unterhaltung betrifft, biß sie durch Arbeit und Dienst ihr eigen Brod selbst gewinnen könnten, es sollen sie auch keine Confirmationes, Bestättigung oder Consens-Brieff, von einiger hoher oder niedern, Geistlichen oder Weltlichen Obrigkeit, vor oder nach der Legitimation, oder einem Testament erlangt, gantz und gar nichts fürtragen, dann allein in dem Fall, wann solcher Kinder Vatter, oder Mutter, durchaus keinen anderen Freund oder auch kein ehelich Gemahl hätten, sondern die Erbschafft dem Fisco heim fiele, und der Lands-Fürst das Testament, in welchem solche Kinder zu erben eingesetzt, oder ihnen sonsten etwas darinnen verordnet wäre, wissentlicher Ding gut geheissen, bestättiget, oder in solch Testament gewilliget hätte, dann alsdann soll ihnen ihrer Eltern Erbschafft zustehen, und gefolgt werden.

Summaria.

1. Ob die Kinder aus verdammter Geburt in oder ausser dem *Testament* der Eltern, wann sie schon *legitimirt* worden, etwas empfangen können?
2. Welche Kinder aus verdammter Geburt genennt werden, die Kinder der Priester?
3. Item die Kinder der *Religiosen* und Closter-Frauen?
4. Ob die Kinder aus Blut-Schand gebohren?
5. Wem die Güther dergleichen Eltern, so in Blut-Schand Kinder gebohren, zufallen, und wann der *Fiscus* solche ihme zueignet?
6. Ob wegen der Straff der Blut-Schand die Abzehlung der Grad nach dem Geistlichen oder Weltlichen Rechten geschehen müsse?
7. Welcher Gestalten und in wie weit die Unwissenheit von solcher Straff entschuldige?
8. Ob die Eltern, so Blut-Schand begangen, die Seiten-Freund erben?
9. Ob denen Eltern erlaubt seye, nachdeme die Seiten-Freund umgangen worden, ihren aus Blut-Schand gebohrnen Kindern etwas zu vermachen?
10. Was Rechtens, wann der Vatter, da keine Freund verhanden, auch die Hauß-Frau abgehet, seinen aus Blut-Schand gebohrnen Kindern durch letzten Willen etwas vermacht, ob er dem *Fisco præjudicire*?
11. Ob die aus Ehebruch gebohrne Kinder aus verdammter Geburt seyen, und also vom Erb der Eltern ausgeschlossen werden?
12. Ingleichem die Kinder, welche aus denen vom Geistlichen Recht verbottenen Ehen gebohren seynd, zum Exempel, welcher jene geheurathet, die er durch Ehebruch beschlaffen hat?

Die

1. Die dritte Gattung seynd die Kinder, so aus verdammter Geburt seynd, wegen welchen unser Articul dise Regul macht, daß sie von ihren Eltern weder durch Testament, noch ohne Testament, obschon sie auf all best mögliche Weiß legitimirt worden, etwas empfangen können, ausser die blosse Unterhaltung und zwar dise nicht länger, als biß sie mit eigner Arbeit und Schweiß ihr Brod selbst gewinnen können. Obwohlen aber der Art. nicht specificirt, welche Kinder für solche zu halten seyen, die aus verdammter Geburt seynd, so ist doch diß in dem ersten Articul sattsam entworffen worden, wo die aus verdammter Geburt herstammende wiederum in 5. Gattungen abgetheilt werden, von welchen wir kürtzlich die Nothdurfft vorstellen werden.

2. Die erste Gattung seynd die Kinder, welche von Priestern gebohren worden, und vulgò zum Spott Pfaffen-Kinder genennt werden, dann weilen der Beyschlaff der Pfaffen, und Weibs-Bildern, die auch ledig seynd, verdammt und straffbar ist, so ist gar gewiß, weilen die Priester die Keuschheit zu halten gleichsam aus Verlöbnuß verbunden seynd, cap. cùm multa. cap. clericos. cap. sicut cap. si autem. X. de cohabit. cler. Obwohlen die Ketzer dergleichen Kinder, wann sie von einem ledigen Weibs-Bild gebohren seynd, vermeynen, daß sie wenigist die Mutter erben, wie zu sehen ist bey Hartm. Pistor. quæst. Jur. part. 1. quæst. 42. n. 4. & seq. welche zu fliehen seynd, weil sie solches dem Geistlichen Recht nicht, sondern des Lutheri schmutzigen Lehr, welche alle Keuschheit und Schamhafftigkeit aufgehoben hat, allein conform ist. Seynd also solche Kinder in allweg verdammlich, obwohlen nicht unlängst wir mit Verstaunung bey unsern Lehen-Hoff den Casum gehabt haben, wo ein Pfarrer in einer Lehen-Sach, welche ihme zugehörig zu seyn er vermeynt hat, seine sacrilegische Tochter als Erbin eingesetzt hat, nach dessen Tod seine Erben ab intestato, unter welchen der fürnehmste ein Prälat gewesen, mit Aergernuß behaupteten, daß dises sacrilegischer Weiß gebohrne Kind auch im Lehen ein rechtmässiger Erb gewesen seye, und also demselben das Lehen zugehöre, weilen das Lehen nur ein Bursch-Lehen ware, wir aber haben unser Lebtag nichts Eselhaffteres gesehen.

3. Die andere Gattung seynd die Kinder, welche aus GOtt gewidmeten Persohnen, das ist, aus Religiosen und solchen, die in Clöstern die Profession abgelegt haben, gebohren seynd, dann solche Kinder, sie mögen nur aus einer solchen Persohn, oder aus zweyen gebohren seyn, seynd sacrilegisch, und werden darfür gehalten, von verdammter Geburt zu seyn. Wann also ein Münch oder Priester mit einer ledigen Weibs-Persohn zu thun gehabt, so ist solcher Beyschlaff nicht anderst verdammlich, als wann ein verehelichter Mann, wie kurtz hernach folgen wird, mit einer ledigen Weibs-Persohn ein unverschamte That verübt hätte. Krafft des Text in Nov. 5. cap. 8. & aliis locis. woraus probirt wird, daß denen Religiosen und Closter-Frauen nicht anderst die Keuschheit zu halten oblige, als wie denen Priestern, weil die Münch sich durch ausdruckliche Gelübd GOtt verbinden, dise aber wegen der Heil. Weyhungen nur stillschweigend zur Keuschheit verbunden seynd. Ist also gewiß, daß die aus ihnen gebohrne Kinder gehalten werden, aus verdammter Geburt zu seyn, welchen keine Erbschafft weder Mutter noch Vätterlicher Lini, weder durch Testament, noch ohne Testament, weder unter Lebendigen, oder durch anderen letzten Willen von Tods wegen zukommen kan. Sondern es gebührt ihnen die blosse Unterhaltung, und zwar nicht länger, als biß sie im Stand seyn, daß sie ihnen selbst den Unterhalt verschaffen können.

Die dritte Gattung seynd die Kinder, welche aus Blut-Schand gebohren seynd, 4.
das ist, welche gebohren worden aus Persohnen, welche mit Bluts-Freundschafft, oder Schwagerschafft einander verwandt seynd. L. fin. ff. de ritu nupt. L. si quis viduam ff. de quæst. cap. lex illa, 36. quæst. 1. Und obwohlen ein anderes ist, eine Blut-schänderische Ehe zu schliessen, und ein anderes, Kinder ausser der Ehe in der Blut-Schand erzeigen, so reden wir doch hier von Blut-schänderischer Ehe nicht, genug ist, in kurtzen Begrieff diß mit wenigen anzumercken, daß die Ehe, welche unter Persohnen, so in der Bluts-Freundschafft oder Schwagerschafft zu nahe verwandt seynd, beschlossen worden, nichtig, und nicht würdig seye, eine Ehe genennt zu werden, und werden die Contrahent als Weib und Mann nicht genennt. §. si adversus. Inst. de nupt. L. si quis incæst. Cod. de incæst. & inut. nupt. Es gilt auch auf keine Weiß das Versprechen des Heyrath-Guths, oder Widerlag, oder anderer hochzeitlicher Gewinn. L. incæstæ ff. de nupt. dict. §. si adversus Inst. de nupt. & L. qui contra. Cod. de incæst. & inut. nupt. Also daß aus solchen Ehe-Pacten gar keine Schuldigkeit entspringt, wie ein mehrers gelesen werden kan bey Regner. Sixtin. de regal. lib. 2. Was aber die Kinder betrifft, ist gewiß, daß weder die Eltern dergleichen Kinder, noch die Kinder dergleichen Eltern, weder in

Vätterlicher noch Mütterlicher Lini, noch die Brüder, Schwestern, oder andere Seiten-Befreundte, so einem oder beyden der Eltern Befreundt seynd, erben, noch aus einer Schanckung unter Lebendigen, oder aus letzten Willen des Vatters oder Mutters für sich selbsten, oder durch mittelbare Persohn etwas erlangen können. Cassan. in consult. Burg. tit. de success. rubr. 7. §. 1. Forster de success. lib. 6. cap. 50. Sixtin. lib. 2. cap. 11. n. 15. Also daß ihnen nichts, ausser aus wegen Milderung der Geistl. Recht, die blosse Unterhaltung, welche doch die Weltliche Recht abschlagen. Novell. 189. §. fin. L. crimen ff. de pœnis. L. Spurii. ff. de decur. gebühren dict. cap. cùm haberet, X. de eo, qui duxit in matr. quam poll. per adult. Und obwohlen ja ein schwereres Verbrechen ist, Blut-schänderische Ehe zu pflegen, als eine Blut-Schand mit einer ledigen Persohn begehen, so werden doch dergleichen ausser der Ehe gebohrne Kinder, mit denen aus Blut-schänderischen Ehe gebohrnen Kindern, was das Erben betrifft, gleich gehalten, also daß zwischen denen Eltern und Kindern, noch zwischen denen Blut-schänderischen Kindern und anderen Bluts-Freunden beyder Linien weder durch Testament oder ohne Testament eine Erbschafft Platz haben kan; Dise wird klar aus unsern Art. entnommen, welcher insgemein von Blut-schänderischen Kindern redet, und nicht von jenen allein, welche aus Blut-schänderischer Ehe entsprossen. Und hierinnfalls werden alle Legitimation alle Confirmations- und Dispensations-Brieff und dergleichen verworffen, sie mögen gegeben worden seyn, von wem sie wollen. Dessen ist die Ursach, weilen alle Freundschafft, so aus solcher Blut-Schand entspringt, verworffen wird.

5. Man wird fragen, wem ulso die Güther dergleichen Blut-schänderischen Eltern, und Kindern zufallen? Und wir antworten, und machen einen Unterschied, unter Blut-schänderischen Ehe, und dem Blut-schänderischen Beyschlaff ausser der Ehe. Was das erste betrifft, wurden in L. si quis incæsti. Cod. de incæst. nupt. vor altem denen ehelichen Kindern biß auf den 3. Grad, unter denen Ascendenten dem Vatter, der Mutter, dem An-Herrn, der An-Frau, und unter denen Seiten-Befreundten, dem Bruder, der Schwester, Vatters oder Mutters Bruder die Güther deren, so Blut-schänderische Ehe gepflogen, zugelassen. Aber in der Novell. 12. §. sancimus. wird dises Recht allein denen ehelichen Kindern zugelassen, übrigens aber, wann keine eheliche Kinder verhanden seynd, fallen die Güther dem Fisco jure regalium zu, welche Confiscation der Güther wegen Abscheulichkeit des Verbrechens Platz hat. In dem anderen Casu aber hat die Confiscation der Güther nicht Platz, wie gemeiniglich die DD. darfür halten. Sixtin. de regal. lib. 2. cap. 11. n. 53. Peregrin. de jure Fisci lib. 5. tit. 1. n. 17. Clarus in §. incæstus n. 2. vers. si verò incæstas. Weilen jedoch unter disen Persohnen alle Bluts-Freundschafft verworffen ist, deßwegen fallen die Güther der Blut-Schänder nicht aus dem Confiscations-Recht, sondern als vacante Güther dem Fisco zu, diß ist zu verstehen von Kindern aus Blut-Schand gebohren, welche keine Bluts-Freund haben können. Was aber wegen der incæstuosen Eltern Rechtens seye, werden wir kurtz hernach sehen.

6. Was ist aber zu sagen, ob die Straffen, welche dem Burgerlichen Recht nach auf die Blut-schänderische Ehen geschlagen seynd, Platz nemmen müssen nach Berechnung der Graden, welche das Weltliche Recht, oder das Geistliche macht? Zum Exempel es ist bekannt, daß der Brüder und Schwestern, Söhn und Töchter dem Burgerlichen Recht nach unter einander sich erlaubter massen verheyrathen können, aber dem Geistlichen Recht nach besag der Päpstlichen Anrechnung der Graden die, so im anderen Grad verwandt seynd, können einander nicht heyrathen. Wir reden hier von anderen Straffen nicht, als von welchen der Art. handlet, nemlich was die verworffene Freundschafft, und Erbschafft-Nemmung gegen einander betrifft, dann es ist gewiß, daß dem Burgerlichen Recht nach der Brüder und Schwestern Söhn und Töchter sich einander rechtmässig verehelichen, und folgsam die Kinder die Eltern, die Eltern die Kinder, die Brüder und Schwestern einander, und die Seiten-Befreundte mit Recht erben können. Aber dem Geistlichen Recht nach ist solche nichtig und schänderisch, daß man also billig zweifflet, ob dißfalls das Geistliche Recht zu beobachten seye? Wegen welchem unter denen Rechts-Gelehrten ein grosser Stritt ist, indeme einige die gantze Ehe, auch was die Erb-Nemmung betrifft, verwerffen, andere hingegen das Erben zulassen, wie zu sehen ist bey Covar. de sponf. part. cap. 6. §. 8. n. 8. Peregrin. de jure Fisci. lib. 5. tit. 1. n. 16. Sixtin. loc. cit. n. 35. Obwohlen nun Suarez recept. sent. in verb. nuptiis incæstis. Clarus §. incæstus n. 3. den letzteren Sentenz für wahrhaffter halten, so scheint doch, daß solchen unsere

Land-Recht nicht approbiren, weil sie allzeit die Giltigkeit der Ehe auf die Geistliche Recht einschräncken, wie wir in nachfolgenden öffters sehen werden.

7. Welcher Gestalten aber und wie weit die Unwissenheit deren, so Blut-schänderische Ehe schliessen, oder welche eine Blut-Schand begehen, von disen Straffen entschuldige, von welchen wir handlen, kan gelesen werden bey Sixtin. und Peregrin. loc. cit. Wir abstrahiren, weil unser Articul kein Gelegenheit gibt, damit unser Werck nicht zu groß werde.

8. Wir haben zwar oben gesagt, daß weder unter den Eltern, und Kindern, weder unter Blut-schänderischen Kindern, und Bluts-Befreundten von der Seiten eine Erbschafft Platz habe, weil alle Freundschafft verworffen wird. Was ist aber Rechtens, wann von Blut-schänderischen Eltern gehandlet wird, erben die Seiten-Freund solche Eltern? Und man antwortet mit Ja, aus Ursach, weil solche Erbschafft niergend verbotten ist, ist auch die Freundschafft unter ihnen, und dem Blut-schänderischen Vatter nicht verworffen, wie zu sehen ist bey Peregrin. und Sixtin. loc. cit. welches also zu verstehen ist, wann ein solcher Vatter ausser der Ehe eine Blut-Schand begangen hat: Dann, wann er ein Blut-schänderische Ehe geschlossen hat, so verfallt er eben darum in die Confiscation, und, wann er keine eheliche Kinder hat, fallen also gleich die Güther dem Fisco zu, das ist, ohne Erwartung eines richterlichen Spruchs, nachdem die Possessions-Nemmung erhalten worden.

9. Was ist aber Rechtens, wann die Eltern die Seiten-Freund umgehen, ihren aus der Blut-Schand, und ausser der Ehe gebohrnen Kindern etwas hinterlassen wollen? Und wir antworten, diß seye ihne auf keine Weiß erlaubt, es mögen solche Kinder aus einer Blut-schänderischer Ehe, oder ausser der Ehe im Blut-Schand gebohren seyn, wann aber die incæstuosen Eltern nichts destoweniger dergleichen Kindern etwas hinterlassen haben, alsdann in dem ersten Fall, wo ein Blut-schänderische Ehe geschlossen worden, wird denen incæstuosen Kindern weggenommen, was immer ihnen von denen vermeyntlichen Eltern gegeben worden[a], und wird solches denen ehelichen Kindern zugeeignet, wann einige aus voriger gerechten Ehe obhanden seynd, wann aber keine übrig seynd, so wird solches confiscirt, und fallt jure regalium dem Fisco zu. In dem anderen Casu aber, wo die Kinder ausser der Ehe in der Blut-Schand gebohren seynd, thun nicht allein die eheliche Kinder, sondern auch alle dem Blut-schänderischen Vatter rechtmässig anverwandte Bluts-Freund solche incæstuose Kinder ausschliessen wegen der verworffenen Freundschafft, wie wir öffters gesagt haben, ja so gar die rechtmässige Hauß-Frau, wann der Blut-schänderische Vatter solche hinterlaßt, oder im Gegenspiel der Mann selbsten, thun die in der Blut-Schand gebohrne Kinder ex edicto unde vir & uxor. vom Erb ab intestato ausschliessen; wann aber gar keine rechtmässige Befreundte, noch ein rechtmässiger Ehe-Theil übrig seynd, so fallen die Güther des incæstuosen Vatters oder Mutters als vacant dem Fisco zu, weil eins ist, keinen Erben haben, oder haben, der nicht fähig ist, die incæstuose Kinder aber können ihre Eltern nicht erben, und seynd hierzu lediglich nicht fähig, also &c.

Was ist aber Rechtens, wann der Blut-schänderische Vatter, wann weder rechtmässige Bluts-Freund, noch auch ein rechtmässige Ehe-Frau verhanden ist, seinen incæstuosen Kindern etwas durch letzten Willen hinterlaßt? Der Durchleuchtigiste Gesatz-Geber ist so mild, daß er solches zu Præjudiz des Fisci denen incæstuosen Kindern zulaßt, wann nur solch letzter Will mit seinem Vorwissen und Willen gemacht worden, und gantz recht, dann weilen sonsten die Güther des incæstuosen dem Fisco zufalleten, und die incæstuose Kinder ausgeschlossen wurden, so muß dem Blut-schänderischen Vatter nicht schwer fallen, daß er bey dem Lands-Fürsten um Zulassung eines letzten Willens unterthänigst supplicire, damit die unschuldige Kinder wenigist durch den Weeg der Gnad jenes erlangen, was sie mit Rechten nicht bekommen können. 10.

Die vierte Gattung seynd die aus einen Ehebruch gebohrne Kinder, von welchen schon oben bey dem 1. Art. wir geredt haben, daß ohne allen Unterschied, sie mögen aus einem doppleten oder einfachen Ehebruch gebohren seyn, was das Erben betrifft, allzeit sie gehalten werden für Kinder, so aus verdammter Geburt seynd: Aus welchem erhellet, wahr zu seyn, was wir zuvor gesagt haben, daß man in diser sündhafften Materi die Geistliche Recht beobachten müsse, also daß weder die aus Ehebruch gebohrne Kinder ihre Eltern, noch die Eltern ihre aus Ehebruch erzeigte Kinder, noch dise Kinder selbst einander erben können, sie können auch ihrer Eltern rechtmässige Befreundte nicht erben, weilen solche Geburt verdammt ist, und das Erb-Recht nicht hat, obwohlen den ehebrecherischen Vatter, und Mutter ihre Bluts-Freund auffsteigender, und der Seiten-Lini ohne allen Zweyffel erben. Weil von Confiscation der Güther, so denen ehebrecherischen Leuthen zugehören nichts verordnetes zu finden. 11.

Die fünffte Gattung seynd andere Kinder, welche aus einigen dem Geistlichen 12.

lichen Recht nach verbottenen Ehen gebohren werden, zum Exempel, von jenem, der eine Persohn geheyrathet, mit welcher er einen Ehebruch begangen hat, dann solche Kinder werden ebenfalls genennt, aus verdammten Beyschlaff gebohren zu seyn, als die aus einer incæstuosen Ehe herstammen, oder welche von Priestern, Religiosen, und GOtt verlobten Persohnen entspringen; Man muß also glathin denen Geistlichen Rechten nachleben, daß, wann selbe die Copulation der Persohnen verdammen, und mit Geistlichen Straffen belegen, die daraus erzeigte Kinder genennt werden, aus verdammten Beyschlaff gebohren, und also der Verordnung dises Articuls unterworffen zu seyn. Was ist aber Rechtens, wann allein ein Burgerliches Verbott im Weeg stehet, zum Exempel, daß kein Vormunder, ein seiner Vormundschafft unterworffenes Weibs-Bild zur Ehe nemmen soll? Dises Verbott macht nicht, daß der Beyschlaff verdammt seye, macht doch nichts destoweniger, daß solche contrahirende Persohnen denen übrigen Burgerlichen Straffen, wir abstrahiren von der Ehe, unterworffen seyen, welches oben hin berührt zu haben genug ist.

Des XL. Tituls

Von Erbschafft ohne Testament in- ab- und aufsteigender Lini.

Erster Articul.

WAnn Vatter oder Mutter ohne Geschäfft mit Tod vergehen, und hinter ihnen eheliche Kinder verlassen, dieselben Kinder erben all ihr Haab und Guth zugleich vor männiglich. Und in absteigender Lini oder Sipt-Zahl stehet das Kind allweg an seines vorabgestorbenen Vatters, oder Mutter statt; Darum wo ein Persohn mit Tod vergehet, und hinter ihr Kinder verlaßt, und ihr vor abgestorbener Kinder Kind, die ihre Enickel seynd, erben solche Enicklen (ihr seyn vil oder wenig) an ihrer Vatter oder Mutter statt, als vil dieselben geerbt hätten, und nicht mehr, und das Recht haben auch die Ur-Enicklen.

Summaria.

1. Wann man erben könne ohne *Testament*?
2. Ob die erste Ordnung zu erben die Kinder treffe?
3. Ob das auf die schon Gebohrne, allein, oder auch die, so noch gebohren werden, zu verstehen seye?
4. Ob das Kind, so nach dem zehenden Monat gebohren, für rechtmässig gehalten werde?
5. Ob die Encklen *Jure repræsentationis* mit ihren Vatters oder Mutters Geschwistrigten *in stirpes*, oder *in capita* erben?
6. Ob das *Repræsentations*-Recht in absteigender Lini *in infinitum* Platz habe?
7. Obwohlen sonsten die Encklen in Lebs-Zeiten der Eltern zur Erbschafft des An-Herrn nicht gelassen werden, was ist zu thun, wann der An-Herr das Enckle für einen Sohn *adoptirt* hätte, ob alsdann sie mit dem wahren Sohn des An-Herrn, das ist mit ihren Vatter erben?

1\. ES ist an sich selbsten klar, daß ein doppelter Weeg seye, wodurch man zur Erbschafft gelangt. Der erste ist durch ein Testament, und der andere ohne Testament ab intestato, der erster gehet vor, also, daß so lang die Erbschafft in Krafft eines Testaments kan angetretten werden, so lang die Erbschafft ab intestato nicht Platz hat. L. quamdiu 89. ff. de R. J. L. antequam 8. Cod. commun. de succed. L. quamdiu 39. ff. de amitt. vel aquir. hæred. Nachdeme nun

nun wir in vorgehenden die Testamens Materi absolvirt, und in einem abgesönderten Titul ausgelogt haben, was denen natürlichen Hurn-Kindern, und jenen, welche aus verdammter Geburt seynd, in der Eltern Gütheren, oder hingegen denen Eltern in den Güthern der Kinder, und Seiten Befreundten durch ein Testament, oder ohne Testament gebühre, so schreitten wir jetzt zur Erbschafft ab intestato, welche Geblüts halber gebührt, und wir die Materi rechtmässiger Erbschafften nennen, welche gemeiniglich in 4. Theil abgetheilt wird, deren der erste ist von Erb-Nemmung der Kinder, der ander der Eltern, der dritte der Seiten Freund, und der vierte der Ehe-Leuth ex edicto unde vir & uxor.

Dise Materi ist wegen sehr vilen in dem gemeinen Recht beschehnen unterschiedlichen und öffters geänderten Verordnungen sehr weitläuffig und verwirrt. Aber von unsern Durchleuchtigisten Gesatz-Geber nach Innhalt der Novell 118. wohl eingericht worden. Wir nun werden die alte Subtilitæten umgehen, und glathin unsern Articulen nachgehen, damit allgemach zum Ende schreitten.

2. Setzt dahero der Art. zu einer Regul, daß die erste Ordnung zu erben die Kinder, oder Descendenten betreffe: Dann dise, wann kein Testament verhanden ist, erben die Eltern in allen beweg- und unbeweglichen Güthern, und schliessen allen Erben auffsteigender, und der Seithen Lini aus; aus Ursach, weil die Kinder die Natur, und der Eltern Will zur Erbschafft ruefft, wie gesagt wird in L. scripto 7. fin. ff. unde lib. & in §. 2. Inst. de hæred. qual. & diff. L. nihil interest 50. ff. de bon. libert. dann obschon die Eltern mit denen Kinderen in ersten Grad der Freundschafft seynd, so ist doch das Erben der Kinder natürlicher als der Eltern, weil dise nach der Natur, jene aber wider die Ordnung der Natur erben. Wann also einer einen eintzigen Sohn hinterlaßt, diser erbt den Vatter und die Mutter allein, und wird auf die Ascendenten, und collateral Befreindte, wann sie schon zahlreich seynd, kein Acht gegeben, sonder werden darfür gehalten, als wann sie nicht verhanden wären. Wann aber einer mehrere ehelichen Kinder ohne Testament hinterlaßt, dise erben in Capita, das ist, so vil Köpf, so vil Theil, so vil Mund so vil Pfund.

3. Und dißfalls wird kein Unterschied gemacht unter dem Geschlecht, dann es erben gleich die Söhn und die Töchter. Dict. Novell. 118. cap. 1. in princ. & §. seq. auth. in successionem. Cod. de suis & legit. Manns- und Weibs-Bilder, gebohrne, oder die erst gebohren werden nach des Vatters Todt. Weil so offt um deren Nutzen zu thun ist, werden die in Mutter Leib ligende schon für gebohrn gehalten. Es ist auch der alte Unterschied inter suos und Emancipatos aufgehoben, dict. Novell. 118. cap. 1. ad fin. auth. in success. Cod. de suis & legit. Weilen dem heutigen Recht nach mehrers auf die Freundschafft als auf den Vätterlichen Gewalt gesehen wird. Und deßwegen seynd die Söhn und Töchter also gleich gestellt worden, daß die Geistliche mit denen Weltlichen, ja auch die Münch und Closter-Frauen, die Profession abgelegt haben, erben, von welchen ein mehrers kan gelesen werden, bey Nicol. de Ubald. in tract. de success. ab intest. in secudo gen. success. und bey Clar. §. Testamentum quæst. 29. per tot.

4. Die Kinder, so nach des Vatters Todt gebohren, und Posthumi genennt werden, gebeten uns hier Gelegenheit viles zu sagen von der natürlich und rechtmässigen: Dann von der unrechtmässigen Leibs Frucht, oder Geburt zu reden: Als einstens der Herr Leib-Medicus D. von Thirmayr in meiner Gegenwarth die Rechts-Gelehrte sehr angegriffen, sagend, daß sie nicht zu lassen, daß im 6. 8. und 10. Monat ein perfectes Kind könne gebohren werden, wo doch diß auf keine Weiß wahr, und wir allein diß sagen, daß nach dem 10. Monat die Geburt nich für rechtmässig gehalten werde, welche Geburt, daß auch im 13. Monath noch giltig und rechtmässig seye, er behauptet, wann ich ihme nicht das Buch des Alphonsi à Caranza eines fürnehmen spanischen Rechts-Gelehrten, und zugleich auch hochgelehrten Medici zugeschickt hätte, mit welchem ich ihme dargethan, daß er die Rechts-Gelehrte zu hart ankomme, weil ihnen solches niemahlen getraumt hat, dann wir haben einen ausdrucklichen Text in L. 12. ff. de statu hom. Daß die Kinder ehelich seyen, welche im 7. Monat nach der Hochzeit gebohren worden, weil sie von Paulo lib. 4. sent. tit. 9. §. 5. ad S. C. Tertul. genennt werden ἑπταμηνος setze bey den Text in L. 3. §: ult. ff. de suis & legit. hæred. Und obwohlen die im 8. Monat erzeugte Kinder selten lebendig gebohrn werden, wie Matth. de afflictis decis. neapol. 236. n. 4. & seq. sagt, so haben wir doch kein Gesatz, Krafft dessen jene, welche im 8. Monat gebohrn seynd, für todt gehalten werden. Wie Matth. de afflictis sagt; daß aber in dem 10. Monat die Geburt legal seye, hat das Gesatz der zwölff Tafflen verordnet, wo

wo geschriben stehet: in dem 10. Monat wird ein rechtmässiges Kind, welches nach Lehr der Medicorum sehr offt geschieht, daß nemlich die Bieblen gemeiniglich im 9. Monat, die Dienlen aber als langsammere im 10. Monat gebohrn werden. Wir bekennen, daß Justinianus in Novell. 39. cap. 2. von einem im 10. Monat gebohrnen Kind verordne, daß das Weib, welches im 11. Monat nach des Manns Tod gebohrn hat, præsumirt werde, daß sie das Kind in Un-Ehrn empfangen habe. Welches auch Ulpianus sagt in L. 3. §. penult. ff. de suis & legit. hæred. wo er einen nach dem 10. Monat gebohrnen zur rechtmässigen Erbschafft nicht zulaßt, welches doch Cujac. ad dict. Novell. 39. also milderet, daß der zu End des 11. Monats gebohrne fur unehelich zu halten seye, der aber zu Anfang des 11. Monats gebohrn ist, für einen rechtmässigen Mann passiren lassen könne. Was aber unser Herr Leib Medicus von einigen, die im 12. ja 13. Monat gebohrn worden, und rechtmässig seyen, allegirt hat, das ist vom Französischen Recht zu verstehen, daß unsere Teutsche wären haigler, welche solche Kinder nicht erkenneten. Wer mehr von diser Materi lesen will, der lese der subtilen Spanier Alphonsum à Caranza in integro tract. de part. natural. & legit. cap. 9. 10. 11. 12. und den Welschen Zachiam in Medicoleg. quæst. tit. 2 quæst. 4. ambos præclaros. J. C. & Medicos. und gantz neuerlich Everhard Speccкan. Sax. lib. 1. cent. 1. quæst. 77. per tot.

5. Unser Art. setzt die andere Regul, daß in der absteigenden Lini der vorverstorbnen Söhn und Tochter Kinder oder Enckle zugleich mit denen Kindern erben nicht in Capita, und gleiche Portionen mit ihren Vatter und Mutters Geschwistrigten, sonder in Stirpes, das ist, so vil sie immer seynd, so bekommen sie zugleich miteinander jenen Theil, welchen ihr Vatter oder Mutter, wann sie gelebt hätten, bekommen haben wurden, mit einem Wort, der gantze Stammen des Vatters oder Mutter bekommt so vil, als der Vatter oder Mutter erlangt hätte. Novell. 118. auth. in success. Cod. de suis &c. Und dises Recht wird genennt das Jus Successionis. Dann wann aus den Kinderen ein oder das andere stirbt, und von sich Encklen hinterlaßt, dise alle zugleich tretten ein in des Verstorbnen Stell, und repræsentiren des Verstorbenen Person, und also, obwohlen sie um einen Grad weiter als die Kinder seynd, so werden sie doch durch die Repræsentation mit denen übrigen verhandenen Kinderen in gleichen Grad gestellet, und gleicher Gestalten zur Erbschafft zugelassen. Doch nicht, wie wir gesagt haben in Capita, sonder in Stirpes, also daß, wann aus einem vorverstorbenen Sohn 6. Encklen verhanden seynd, dise nur für eine Persohn gehalten werden, welche in des Verstorbnen Stell eintritt. Und diß hat auch Platz, nicht allein wann die Encklen mit Kindern, sonder auch, wann Ur-Encklen mit anstehen, weil das Repræsentations-Recht in der absteigenden Lini ohnaufhörlich Platz hat. Wesenbec. in parat. n. 14. ff. de Grad. Schneidew. de success. fil. nat. & legal. n. 17. Caspar Manz. de success. ab intest. tit. 2. §. quando 6. n. 43. Zum Exempel, der Titius hat 3. Kinder gehabt, den Sempronium, Cajum und Gajum, der Sempronius lebt noch, der Cajus aber ist gestorben, und hat ein Enckl hinterlassen, und Gajus, der ebenfalls gestorben, hat aus seinen auch abgeleibten Enckle ein Ur-Enckl hinterlassen, hernach stirbt der Titius, und wird gefragt, in wie vil Theil die Erbschafft zu vertheilen seye? Und es wird geantwortet, in drey Theil; aus Ursach, weilen das Enckl vom Cajo, und das Ur-Enckl von Gajo Jure repræsentationis in der Vorverstorbnen Stell eintretten, und mit dem Sempronio gleiche Portion empfangen: Wann aber der Cajus 2. Encklen hinterlassen hatte, und der Gajus zwey Ur-Encklen, alsdann erbeten die 3. Encklen, und die 2. Ur-Encklen mit dem Simpronio nicht in Capita, sonder in Stirpes, also daß des Titii Erbschafft zwar in 3. Theil zu vertheilen wäre, deren ein Theil dem Sempronio als Sohn, der andere denen 3. Encklen, so wider unter ihnen in Capita so vil Mund so vil Pfund zu vertheilen ist, und der dritte Theil denen zwey Ur-Encklen, so abermahlen unter ihnen zu vertheilen ist, zufallete. Gewiß, wann möglich wäre, daß einer die vierte oder fünffte Generation erlebete, müßten solche Descendenten, sie möchten im Grad so weit seyn, als sie wolten, allzeit mit denen Kinderen ersten Grads zur Erbschafft, zugelassen werden, weilen sie Jure repræsentationis besagter massen mit denen Kinderen in gleichen Grad gesetz werden, welche doch nur in Stirpes, und nicht in Capita mit denen Kinderen erben. 6.

Unterdessen ist diß wahr, daß die Encklen mit den Kinderen, so lang ihre Eltern leben, zur Erbschafft nicht zugelassen werden; Aus Ursach, weilen jene nicht können repræsentirt werden, welche noch leben, werden also die Enckle durch ihre Eltern ausgeschlossen, als welche um einen Grad näher seynd. Ein eintziger Casus wird ausgenommen, wann zum Exempel 7.

pel der Anherr das Enckle adoptirt hätte für seinen Sohn, dann solchen Falls das adoptirte Enckle mit dem wahren Sohn, das ist, mit seinem Vatter erbete, nicht zwar Jure repræsentationis, sondern Adoptionis, welche ihne mit dem Vatter in Grad gleich macht, Schneidew in rubr. de success. adopt. n. 11. Manz. loc. cit. §. etsi 5. n. 36.

Wir seynd nicht willens hier viles von denen adoptirten Söhnen zu sagen, weil unser Vatterland so fruchtbar ist, daß wir die Adoption nicht nöthig haben, also daß ich durch 42. Jahr, in welchen ich in Diensten gestanden, keinen eintzigen Casum einer Adoption gesehen, und es scheint die Ursach zu seyn, weil unser Art. von denen Adoptirten nichts sagt, noch in unsern Land-Rechten von disen etwas sonderheitlich enthalten ist.

Der anderte Articul.

Wo ein Vatter bey mehr dann einer Hauß-Frau zweyerley oder mehr Kinder, im ehelichen Standt erworben, verlaßt, und ohne Geschäfft mit Todt abgehet, so erben ihn seine Kinder alle gleich; aber jegliches Kind erbt seiner Mutter Haab und Guth sonderlichen; das Recht haben auch einer Frauen Kind, die bey mehr, dann einem Mann ehelich gebohren seynd, daß sie ihr Mutter alle gleich erben, und jegliches seinen Vattern absonderlich.

Summaria.

1. Ob aus den Kinderen zweyerley Ehen jedes seinen Vatter, oder Mutter erbe?
2. Wann ein oder das andere Ehe-Gemächt denen Kindern erster Ehe ein Heyrath-Guth, oder Widerlag schuldig ist, ob solches als eine Schuld von der Erbschafft ab zuziehen seye?

1. Es tragt sich offt zu, daß der Ehe-Mann, oder Ehe-Frau Kinder aus zweyerley Ehen gebohrn hinterlassen: Wann also solcher Vatter oder Mutter ohne Testament, oder anderen letzten Willen abstirbt, welcher vor allem allzeit einzusehen ist, so wird in unsern Art. die Regul gesetzt, daß die Kinder zweyerley Ehen jedes seinen Vatter oder Mutter ab intestato erbe. Zum Exempel der verwittibte Vatter, wie offt geschieht, daß mit 3. Kinderen erster Ehe beladen, heyrathet eine Wittib, welche auch aus voriger Ehe 3. Kinder hat, und nachgends erzeugt er mit ihr mehrmahlen 3. Kinder. In disem Exempel hat jeder Ehetheil 6. Erben, der Vatter seine 3. Kinder aus erster Ehe, und aus der anderen Ehe wider 3. Kinder. In gleichem auch seine Ehe-Frau hat 6. Kinder, die erste 3. aus voriger Ehe, und die andere 3. aus letzterer Ehe; solch beyder Ehe-Leuthen Kinder aber von erster Ehe erben weder den Stieff-Vatter, noch die Stieff-Mutter, mit einem Wort: Stieff-Geschwistrigt erben ihre Stieff-Eltern nicht, das ist, wie der Art. sagt, die Erbschafft fallt dem Blut nach, gleichwie aber die Kinder des Vatters aus erster Ehe die Stieff-Mutter, und hingegen die Kinder der Mutter erster Ehe den Stieff-Vatter keines Weegs mit Blut verwandt seynd, also können sie auch keine Erbschafft prætendiren. Welcher Gestalten aber die Stieff-Geschwisterte einander erben, werden wir kurtz hernach sagen, wann wir von der Erbschafft-Nemmung der Seithen Befreundten reden werden; Und dise Regul daß die Kinder des Vatters oder Mutter, sie mögen aus einer, oder zweyerley Ehen seyn, ihrer Eltern gleich erben, wird belegt mit dem Text. in L. cum aliis 4. §. fin. Cod. de secund. nupt. & in Novell. 22. cap. neque illud 29. wo gesagt wird, wann eine Frau mit Kinder beladen, wider heyrathet, und aus solcher Ehe Kinder erzeugt, so bekommen zwar auf ihr der Mutter Absterben ihr Vermögen die Kinder beyder Ehen zu gleichen Theilen. Welches ebenfalls gesagt wird vom Vatter, welchen die Kinder erst und anderer Ehe zu gleichen Theilen erben. Und es soll dir geneigter Leser keinen Scrupel machen, was in Novell. 22. von Gewinnung der Heyrath-Güther und Widerlagen geredt werde, wo Gottofred. in sua summa ad cap. 29. mit disen Worten redet: Lucra primarum nuptiarum primi liberi, secundarum secundi capiunt jure præcipuo, in cæteris bonis parentis æqualiter succedunt, weil dise Verordnung zum Widerspihl nichts dienet,

dann sie ist allein zu verstehen 1. daß, wann in solch zweiter Ehe der Mann und die Frau das Heyrath-Guth und Widerlag zusammen bringen, solches zusammen bringen denen Kinderen kein Præjudiz macht, dann wann der Ehe-Herr gestorben ist, so fallt das Heyrath-Guth der Ehe-Frau wieder vollständig zuruck, und also der Ehe-Frau Kinder seiner Zeit das Heyrath-Guth bekommen, und allein unter ihnen theilen, gleichwie im Gegenspihl, wann die Ehe-Frau vor abstirbt, dem Mann die Widerlag zufallet, welche seinen aus beyden Ehen gebohrnen Kinderen zugehet, der Ehe-Frau fremde Kinder aber davon nichts begehrn können. Dessen ist die Ursach, weil das Heyrath-Guth zu Bestreittung der ehelichen Bürden gebührt, die Widerlag aber zur Sicherheit des Heyrath-Guths dienet, das Eigenthum des jedwederen aber seinem Herrn zugehört, das ist, das Eigenthum des Heyrath-Guths dem Weib, und das Eigenthum der Widerlag dem Mann. Es fallt also das jedwedere denen eignen Kinderen und nicht Fremden aus einer anderen Ehe erzeugten Kindern zu, daß also die Regul unsers Art. standhafft und allgemein verbleibt, daß die Kinder beyder Ehe Persohnen allein ihrer, und nicht fremde Eltern erben.

Unterdessen 2. ist jenes der Novell. 22. conform, daß, wann ein oder der andere Ehe-Theil denen Kinderen vorigen Ehe noch ein Heyrath-Guth, oder Widerlag schuldig ist, solches als eine Schuld von der Erbschafft abzuziehen seye. Zum Exempel, damit die Sach klar seye, der Titius Wittiber und die Caja Wittib heyrathen einander, und bringen, wie wir gesat haben, einander 6. Kinder zu, drey vom Mann, und drey von der Frau, der Mann ist denen Kinderen erster Ehe noch das Heyrath-Guth, und die Frau denen Kindern erster Ehe die Widerlag oder anderes schuldig. Ehe und bevor nun noch ein oder des anderen Ehe-Gats Tod die Kinder von anderter Ehe, mit denen Kindern erster Ehe erben können, muß zuvor das Heyrath-Guth, oder die Widerlag, der vorigen Ehen abgezogen werden, und alsdann erst können die Kinder beyden Ehen zu gleichen Theilen erben. Und das ist der Verstand unsers Art. welcher conform. ist der Novell. 22. cap. 29. welcher an sich selbst der Vernunfft und Billigkeit gemäß ist 2.

Der dritte Articul.

Wo ein Kind mit Todt vergehet, ohne Geschäfft, und keinen Erben in absteigender Lini, als nemlich Söhn oder Töchter, oder Enicklen verlaßt, auch kein Geschwistergit von beyden Banden, oder derselben Kind, so erben desselben verstorbenen Kinds Vatter und Mutter sein verlassen Haab gleich miteinander. Wo aber aus Vatter oder Mutter, ihrer eins mit Todt vergangen ist, so erbet das andere, so noch in Leben ist, alle Haab unverscheidentlich, vor allen An-Herrn und An-Frauen, und allen anderen Freunden. Seyn aber Vatter und Mutter nicht im Leben, so erben An-Herrn und An-Frauen, von beyden Seiten miteinander, ist nur allein ein An-Herr oder An-Frau, Ur-An-Herr oder Ur-An-Frau des gestorbnen Kinds, von Vatter oder Mutter Seiten, im Leben, dasselb allein erbet so vil, als An-Herr, oder An-Frau beyde, oder Ur-An-Herr, oder Ur-An-Frau beyde, von der anderen Seiten Erben, wo sie beyde im Leben seynd. So lang auch ein An-Herr oder An-Frau im Leben ist, welche erben, so erben Ur-An-Herrn oder Ur-An-Frauen nichts; Wo aber kein An-Herr oder An-Frau im Leben ist, so erben die Ur-An-Herrn und Ur-An-Frauen, in aller Maß, wie von dem An-Herrn geschriben ist, vor allen anderen Freunden, auch vor Geschwistergiten von einem Band derselben Kind.

Summaria.

1. und 4. Ob, wann keine Erben absteigender *Lini* verhanden, der verstorbnen Erbschafft *ab intestato* die Erben aufsteigender *Lini* erben?
2. Ob bey den Erben aufsteigender *Lini* das *Repræsentations*-Recht Platz habe?
3. Was Rechtens, wann des Verstorbnen Güther Mütterlicher Seits herkommen, ob nicht der Mütterliche An-Herr dem Vatter vorgezogen werde?
5. Wann in der Vätterlichen *Lini* der An-Herr und An-Frau, in der Mütterlichen *Lini* aber allein der An-Herr im Leben, ob sie des verstorbnen Erbschafft in drey oder nur in zwey Theil vertheilen?
6. Wann beyde An-Herrliche *Linien* biß auf eine Person verstorben, ob die Berechnung der *Linien* nach geschehen müsse?

JEtzt schreitten wir zur Erbnahm der Eltern aufsteigender Lini, wie nemlich inverso naturæ ordine, wann die Kinder ohne Testament oder Kinder vor den Eltern absterben, dise ab intestato ihre Kinder erben, welches die zweite Ordnung zu erben ist, nemlich in der aufsteigenden Lini, weßwegen gesetzt wird.

1. Dise erste Regul, daß, wann keine Erben absteigender Lini in Leben, oder verhanden seynd, die Erbschafft des Verstorbenen denen in aufsteigender Lini zufalle, das ist, wann weder Kinder noch Encklen, noch andere Descendenten verhanden seynd, alsdann Erben die Eltern oder Ascendenten. Krafft des Text. in Novell. 118. cap. 2. forster lib. 2. cap. 1. n. 7. Manz. de success///. tit. 3, per tot. wo beyde schöne Ursachen anführen, warum die Eltern nach denen Kindern und Descendenten erben, und andere Befreundte ausschliessen. Doch ist aus unsern Art. zu mercken, daß zudeme, damit die Eltern erben können, drey Stuck erfordert werden. 1, daß die Kinder kein Testament oder anderen letzten Willen gemacht. 2. daß sie keine Kinder oder Descendenten hinterlassen. und 3. daß sie keine zweybändige Brüder oder Schwestern haben. Die Ursach des ersten ist, weil ein jedwederer letzter Will die Erbnahm ab intestato verhindert. Die Ursach des andern ist, weil die absteigende die aufsteigende vom Erben ausschliessen, wie an sich selbst klar ist. Wegen des dritten werden wir kurtz hernach sehen bey dem 4. Art. auf dises hin nun erben die Eltern beyden Geschlechts zu gleichen Theilen, dict. Novell. 118. cap. 2. Schneidew. de success. part. nat. & leg. n. 9. und wird der alte Unterschied zwischen dem Vatter und Mutter, es mögen wenig oder vil Kinder gebohrn worden seyn, aufgegeben. Dessen gibt die Ursach der Justinianus in §. sed nos 4. Inst. de S. C. Tertul. es mögen die Kinder in Vätterlicher Gewalt, oder emancipirt seyn. Auth. defuncto. Cod. ad S. C. Tertul. Novell. 118. cap. 2. Forster lib. 2. cap. 4. n. 2. oder es mag ein Sohn oder Tochter geerbt werden. Dict. auth. defuncto. Novell 89. cap. 12. §. 3. Von denen adoptirten, arrogirten, und natürlichen Kindern, sie mögen legitimirt seyn, wie sie wollen, sagen wir nichts mehr, weil von den letzteren in vorigen Titul schon gehandlet worden. Die vorige aber als nemlich die adoptirte oder arrogirte wenig oder gar nicht in Brauch seynd. Gleichwie aber die Eltern die Kinder erben ohne Unterschied des Geschlechts, also auch wird auf den Unterschied des Geschlechts nicht geschehen bey den Eltern, dann es erbt gleicher Gestalten die Mutter, wie der Vatter, oder An-Herr wie die An-Frau, weil auf beyde Geschlecht gleiche Affection fallet, und gleiche Verwandschafft ist.

Was ist aber Rechtens, wann eines aus den Eltern lebt, zum Exempel der Vatter, nachdem die Mutter schon längst gestorben, da aber der Mütterliche An-Herr oder An-Frau noch verhanden, erbt wohl der Vatter den Sohn völlig, oder ist wohl die Mütterliche An-Frau oder An-Herr mit zum Erben zugelassen? Die Ursach zu zweyflen ist, weilen die Encklen, wie wir gesagt haben, bey Erbnemmung der An-Frau oder des An-Herrn in die Stell des Vatters oder Mutter eintretten, scheint also, daß auch der An-Herr und An-Frau in die Stell ihrer verstorbnen Tochter eintretten, und also sie zur Erbschafft mit dem Vatter zugelassen werden müssen? Hierauf aber wird geantwortet, daß bey Erbnahm der Ascendenten allzeit auf den nähern Grad zu sehen seye. Also daß, wann mehrere am Grad unterschieden verhanden seynd, der nähere am Grad die weitere ausschließt. Auth. defuncto. Cod. ad S. C. Tertul. Novell. 118. cap. 2. in princ. Wo gesagt wird, wann vil Ascendenten leben, müssen jene vorgezogen werden, welche die nächste im Grad seynd. Zum Exempel, wann der Verstorbne den Vatter, An-Herrn, Ur-An-Herrn Vätterlicher Seits hinterlaßt, so erbt der Vatter allein, Gottofred. ad dict. Nov. 118. cap. 2. welches nicht allein wahr ist, wann meh- 2.

mehrere von einer Lini doch am Grad ungleiche verhanden seynd, zum Exempel Vätterlicher Seits der Vatter, An-Herr und Ur-An-Herr, sonder auch, wann an Seiten zerschidner Lini am Grad ungleiche verhanden seynd. Wie wir bey der Frag den Casum gesetzt haben, wann nemlich die Mutter gestorben, doch aber der Mütterliche An-Herr im Leben ist, alsdann schliest der Vatter den Mütterlichen An-Herrn aus. Dessen ist die Ursach, weil das Repræsentations-Recht in der aufsteigenden Lini nicht Platz hat, wie bey der absteigenden Lini. Weilen nun der Mütterliche An-Herr in die Stell der verstorbnen Mütter nicht eintretten kan, deßwegen wird er als im Grad weiter entfernet vom Vatter ausgeschlossen. Melon. de success. ab intestato n. 12. Gloss. in dict. auth. defuncto. Dod. ad S. C. Tertull.

3. Was ist aber Rechtens wann die Güther des verstorbenen Sohn von Mutter Seits herkommen, ist nicht billig und recht, daß der Mütterliche An-Herr dem Vatter am Erb vorgezogen werde? Und es wird geantwortet, daß allzeit die vorbemelte Ursach standhafft verbleibe, daß der Mütterliche An-Herr um einen Grad weiter seye, und also dem Vatter bey der Erbnahm jedwederer Güther weichen müsse, es thut auch zur Sach nichts, daß die Güther von Mütterlichen Lini herkommen seyen; Dann nachdem die Güther dem Sohn zukommen, seynd sie keine Mütterliche Güther mehr, sonder seynd Güther, so dem Sohn eigen seynd. Fallen also aus Erb-Recht ab intestato dem Vatter zu, welcher um einen Grad näher als der Mütterliche An-Herr ist. Wesenbec. n. 3. ff. de hæred. Inst. Gail. 2. Obs. 148. n. 7. & 12. & in fin. Schneidew. loc. cit. n. 21. Melon. loc. cit. n. 12. forster. lib. 7. cap. 4. conclus. 5. n. 23. Manz. loc. cit. tit. 4. §. 1. n. 28. Wo er mehrere Ursachen anführt. Welches unser Art. insonderheit bestättiget, in den Worten: **Wo aber aus Vatter, oder Mutter eines mit Tod vergangen ist, so erbet das andere, so noch im Leben ist, alle Haab unterscheidentlich, vor allen An-Herrn, oder An-Frauen, und allen anderen Freunden.** Wo die Wort zu mercken **alle Haab**, das ist alle Güther, und **unverscheidentlich**, das ist, ohne Unterschied, es mögen Güther seyn, was für eine sie wollen, und mögen solche herkommen, wo sie wollen. Worüber doch zu lesen ist der 4. Art. gegen End wo man eine nicht geringe Ursach zu zweiflen finden wird.

4. Wann aber einer stirbt, der weder Vatter noch Mutter im Leben, noch weniger Erben in absteigender Lini noch zweybändige Brüder und Schwestern (dann wegen disen wird ein besonderer Art. folgen) sonder allein den An-Herrn, oder An-Frau abgesönderter hinterlaßt, ein solcher An-Herr oder An-Frau erben ohne allen Zweifel mit Ausschluß der Seiten-Erben. Aus Ursach, weil die Ordnung zu erben die Eltern oder Erben aufsteigender Lini von denen Seiten-Erben trifft, wie wir kurtz hernach sehen werden. Und weilen der Vatter, und Mutter gestorben, deßwegen seynd der An-Herr oder An-Frau in ersten Grad, und haben in aufsteigender Lini niemand, von welchem sie ausgeschlossen wurden.

Der andere Casus unsers Art. ist, wann nach verstorbenen Eltern nicht allein ein, sonder mehr Personen von An-Herrn oder An-Frauen im Leben seynd. Zum Exempel, wann der Vätterliche An-Herr, die Mütterliche An-Frau, der Mütterliche An-Herr und An-Frau noch leben, alsdann thun dise 4. Personen des Enckle Erbschafft in vier Theil abtheilen, in der That in Capita: wann aber sie in gleicher Zahl verhanden seynd, zum Exempel in der Vätterlichen Lini der An-Herr und An-Frau, in der Mütterlichen Lini aber allein der An-Herr, alsdann theilen sie des Enckls Erbschafft nicht in drey Theil oder in Capita, sonder allein in Stirpes, das ist, in zwey Theil, also daß der An-Herr Mütterlicher Seits so vil bekomt, als vil der An-Herr und An-Frau Vätterlicher Seits beyde miteinander bekommen. Krafft des Text in Novell. 118. cap. 2. §. si autem & in auth. defuncto Cod. ad S. C. Tertul. forster conclus. 3. n. 5. Mynf. cent. 6. obs. 55. Nicol. Boër. decis. 185. n. 5. Wann man fragt, was die Ursach dessen seye? So antwortet Besold. in thes. thes. 19. weilen es also dem Justiniano gefallen hat, und obwohlen solche Erbnahm weder in Capita noch in Stirpes eigentlich genennt werden kan, so haben wir doch solche bessern Verstands willen also genennt, wann man sie mit D. Manzio eine Erbnahm der Lini nach nennen will, so kan man es billig thun, dann, wo das Repræsentations-Recht abgehet, wie wir in vorgehenden gesagt haben, so hat auch die Erbnahm in Stirpes, und in Capita nicht Platz. Es ist also besser, wir bleiben in vorigen Casu, wo gesetzt wird daß der An-Herr und An-Frau Vätterlicher und Mütterlicher Seits in 4. Personen verhanden, und daß die Erbschafft in zwey Theil der Lini nach abgetheilt werde, das ist, in die Vätterliche und Mütterliche Lini, obwohl in der That nichts darhinter ist. 5.

6\. Eine gleiche Berechnung ist, wann auch beyde An-Herrliche oder An-Frauliche Linien bis auf ein Person verstorben seynd. Zum Exempel, wann nur die Mütterliche An-Frau verhanden ist, dann dise erbt allein, obwohlen nicht allein aus der Mütterlichen Lini der Ur-An-Herr, und Ur-An-Frau, sonder auch aus der Vätterlichen Lini der Ur-An-Herr und Ur-An-Frau übrig seynd, weil allzeit der im Grad nähere vorgehet, und auf jenes nicht gesehen wird, aus was für einer Lini die Güther herkommen, wie wir kurtz hernach hören werden, wann aber aus dem dritten Grad der aufsteigender Lini, das ist, aus denen Ur-An-Herren oder Ur-An-Frauen, deren 8. seyn können, aus jeder Lini nemlich 4. verhandẽ seynd, so wird allzeit die Erbnahm abgetheilt deren Linien nach, also daß, wann man setzt, daß aus der Vätterlichen Lini 4. leben, und aus der Mütterlichen Lini allein ein Person lebe, so muß die Abtheilung des Ur-Enckls Güther allein in 2. Theil geschehen, deren ein Theil denen 4. Personen Vätterlicher Lini, und der andere Theil der Ur-An-Frau Mütterlicher Seits zufallet, also thut die Sach unser Art. klar verbscheiden, wie dann auch die DD. ad dict. Novell. 118. & auth. defuncto. Cod. ad S.C. Tertul. gemeiniglich auslegen.

Der vierte Articul.

Verlaßt aber das abgestorben Kind Geschwistergit von beyden Banden, oder derselben Kind, so erben dieselben Geschwistergit, oder ihre Kinder mit des abgestorbenen Kinds Vatter oder Mutter, oder wo desselben Kinds Vatter allein, wo desselben Kinds Mutter mit Todt verstorben ist, oder mit des gestorbenen Kinds Mutter allein, wo desselben Kinds Vatter mit Todt abgangen ist, und wo weder Vatter noch Mutter des abgestorbenen Kinds im Leben ist, mit dem An-Herrn und An-Frauen, oder wo die auch nicht im Leben seyn, mit des abgestorbenen Kinds Ur-An-Herrn, oder Un-An-Frauen, alle Haab unverscheidentlich, je ein Persohn, so vil als die andere. doch so erben der Geschwistergit von beyden Banden Kind, ihr seynd wenig, oder vil, es sey gleich ein Geschwistergit noch im Leben, oder alle verstorben, alle an statt ihrer Vatter und Mutter, und nicht mehr, dann ihr Vatter und Mutter geerbt hätten, wo sie im Leben bliben wären. Und wo noch Abgang Vatter und Mutter, des verstorben Kind, neben denen Geschwistergiten von beyden Banden, oder derselben Kindern Vatter oder Mutter halb, nicht mehr dann ein An- oder Ur-An, hinter ihm verlaßt, und auf der andern Seiten zweyen An- oder Ur-Aen, so werden dieselben An-Herrn oder Ur-An-Herrn, An-Frauen, oder Ur-An-Frauen auf der anderen Seiten, beyde nur für ein Persohn gerechnet, und erben beyde nicht mehr, dann so vil des abgestorbenen Kinds Geschwistergit von beyden Banden eines erbt, oder erben mag, oder derselben Geschwistergit eines von beyden Banden Kinder, alle erben, oder erben mögen. Sein aber gar keine Geschwistergit von zweyen Banden oder deren Kinder, sonder allein Vatter und Mutter, An-oder Ur-An-Herrn, und An-Frauen von Vatter, oder Mutter Seiten verhanden, so erben diselben ihre abgestorbene Kinder, Enicklen, oder Ur-Enicklen, allein, doch in die Stammen, und nicht in die Häupter, das ist, alle Erbschafft gehet in zwey Theil, die eine auf die Vätterliche, die andere auf die Mütterliche Seiten. Es wäre dann auf der einen Seiten niemand mehr im Leben, so erbt der Vatter, oder die Mutter, An-oder Ur-An-Herr und An-Frau auf der einen Seiten, alle Erbschafft allein, und werden in allen disen Fällen, die Geschwistergit von einem Band, und derselben Kinder ausgeschlossen.

Sum-

Summaria.

1. Wann der verstorbene Sohn rechte zweybandige Brüder, und Schwesteren hinterlaßt, ob sie mit ihren Elteren zu gleichen Theil so vil Mand so vil Pfund erben?
2. Ob die Brüder und Schwestern, wann die Eltern verstorben, mit denen An-Herrlichen Persohnen *in Capita* zu gleiche Theil erben?
3. und 12. Ob die Kinder von zweybändigen Geschwistrigten *Jure repræsentationis in Stirpes* mit ihrer Eltern Brüder und Schwestern, oder *Ascendenten* des Verstorbnen *Portion*, welche ihr Vatter gehabt hätte; erben?
4. Was Rechtens, wann die Kinder des zweybändigen Bruders oder Schwesters mit denen Elteren des Verstorbnen erben, ob und welcher Gestalten sie mit ihnen erben?
5. und 11. Wann der Verstorbene, da auch seine Eltern verstorben, auf der Vätterlichen *Lini* einen An-Herrn und Mutter Seits einen An-Herrn und An-Frau, zugleich auch eine rechte Schwester und Bruder hat, in wie vil Theil die Erbschafft zu vertheilen seye?
6. und 10. Wann aber der Verstorbene einen Vätterlichen, und Mütterlichen An-Herrn und eine Mütterliche An-Frau mit samt einen rechten Bruder, und Kindern aus einer Schwester hinterlaßt, wie ist alsdann die Theilung zu machen?
7. Wann keine rechte Brüder oder Schwestern übrig seynd, ob mehrere in der aufsteigenden *Lini* von gleichen Grad *in Capita* oder *Lini*-weiß erben?
8. Was Rechtens, wann vom Vätterlichen An-Herrn der Ur-An-Herrn, und die Ur-An-Frau, noch lebt, aus der Vätterlichen An-Frau aber allein die Ur-An-Frau, wo sonst die Mütterliche Lini völlig abgestorben, ob dise *in Capita*, oder der *Lini* nach erben?
9. und 14. So lang Erben aufsteigender *Lini* verhanden, ob die übrige Freund ausgeschlossen werden?
15. Ob die Erbschafft des Verstorbenen unter die Erben aufsteigender *Lini* ohne Absönderung der Güther, und Unteschied, wo sie herkommen, zu vertheilen seye?
15. Ob der Vatter und Mutter in des Sohns *Bonis adventitiis*, wovon die Nutz-Niessung dem Vatter gebührt, nichtsdestominder gleich erben?
16. Wann, und in welchem Fall der Vatter in des Sohns *Bonis adventitiis* die Nutz-Niessung nicht erlange?

Zu End des vorgehenden Art. wird beygesetzt, daß die Erbnahm der aufsteigender Lini vorgehe, allen Seiten Erben, ja so gar auch allen Brüdern und Schwestern, so nur einbandig seynd, und denen Kindern, welche aus solch einbändigen Brüdern und Schwesteren entsprungen und abstammen; Jetzt aber in disem Art. wird verordnet, welcher Gestalten und in wie weit die zweybandige Brüder und Schwestern mit denen Elteren, und Ascendenten zur Erbschafft des verstorbenen Bruders oder Schwesters zugelassen werden.

1. Es wird demnach die erste Regul gesetzt, daß, wann der Vatter und Mutter einen aus ihren Söhnen überleben, zwar, wie wir gesagt haben, selben zu gleichen Theilen erben, und die Seiten-Freund ausschliessen, wann aber der vorverstorbene Sohn auch neben denen Eltern zweybandige Brüder und Schwesteren hinterlaßt, welche wir rechte Geschwistergit nennen, alsdann erben die zweybandige Geschwistrigt mit denen Eltern zu gleichen Theilen. Krafft des ausdrucklichen Text in Novell. 118. cap. 2. & in Auth. defuncto Cod. ad S. C. Tertul. das ist, in Capita, also daß die Erbschafft unter die zweybandige Geschwistergit, und der verstorbnen Eltern nach Anzahl der Persohnen zertheilt wird. Forster lib. 7. cap. 7. per totum. Stephani ad dict. Novell. 118. n. 8. Melon de successſ. ab intest. n. 13. Wesenbec. in parat. tit. de Grad. &c. n. 15. Zum Exempel, wann ein Vatter und Mutter im Leben seynd, und der Verstorbene zugleich auch drey rechte Brüder hinterlassen hat, so wird die Erbschafft in 5. gleiche Theil abgetheilt, in gleichem, wann der Vatter oder Mutter des verstorbenen Sohns auch vorverstorben seynd, also daß nur eines aus den Eltern lebt, und 3. rechte Brüder oder Schwestern übrig seynd, alsdann wird die Erbschafft des verstorbnen Sohns in 4. Theil abgetheilt, weil allzeit die Abtheilung nach der Anzahl der Personen gemacht wird.

Und dahero wird die andere Regul gesetzt, daß, wann die Mutter gestorben, und von der Mutter der An-Herr oder An-Frau lebt, der Mütterliche An-Herr oder An-Frau nichts von der Erbschafft bekommte. Aus Ursach, weil der Vatter, der noch lebt, und also um einen Grad näher ist, die Mütterliche An-Frau oder An-Herrn ausschließt. Was ist aber Rechtens, wann weder Vatter noch Mutter, sonder andere Personen aufsteigender Lini Mit-Brüder und Schwestern verhanden seynd? Alsdann

Wird die 3. Regul gesetzt, daß die Brüder und Schwesteren, wann beyde Eltern gestorben, mit denen Personen aufsteigender Lini Vätterlichen oder Mütterlichen Seiten gleicher Gestalten zur Erbschafft zugelassen werden. Aus Ursach, weilen sie mit denen Eltern zugelassen werden, welche im ersten Grad seynd, also um so mehr müssen sie zugelassen werden, mit denen im Grad weitern Ascendenten. Wann man aber fragt, welcher Gestalten alsdann die Erbnahm geschieht, nach Anzahl der Personen, oder nur der Lini nach? 2.

So

So wird in unsern Art. die 4. Regul gesetzt, daß die Erbschaffts-Abtheilung geschehen müsse in capita, nach Anzahl der Personen, zum Exempel, einer stirbt, und hat keine Eltern hinterlassen, wohl aber an Seiten des Vatters und Mutters einen An-Herrn und An-Frau, und also 4. Personen, und zugleich einen rechten Bruder und Schwester. Solche Erbschafft muß in 6. Theil als für die An-Herr- und An-Frauliche 4. Personen, und für den Bruder und Schwester abgetheilt werden.

Man wird sagen, daß wir zuvor eine widrige Regul gesetzt haben, daß nemlich in dem Fall, wo mehrere Ascendenten in weitern Grad verhanden, sie des Verstorbnen Erbschafft nicht in Capita, und nach Anzahl der Personen sonder der Lini nach abgetheilt werde. Zum Exempel, wann ich stirb, und weder Vatter oder Mutter hinterlasse, wohl aber an Seiten des Vatters einen An-Herrn und An-Frau, und also in der That 3. Personen, so ist die Erbschafft nicht in 3. Theil, sonder nur in 2. Theil nemlich der Lini nach abzutheilen, also daß der An-Herr und An-Frau Vätterlicher Seits mehr nicht, als die An-Frau Mütterlicher Seits bekommen: Warum also wird hier das Widerspiel verordnet? Zum Exempel, wann ich neben disem 3. Personen noch weiters einen rechten Bruder hinterlasse, so ist die Erbschafft besagter massen in 4. Theil nach Anzahl der Personen, und nicht der Linien nach abzutheilen, weil sonsten die Abtheilung nur in 3. Theil zu machen wäre: und wir antworten, dessen seye die Ursach, weilen die Brüder und Schwestern aus der Seiten Lini nicht so privilegirt seynd, weil vorbesagter massen die erste Ordnung zum Erben die Descendenten, die andere die Ascendenten, und die dritte erst die Seiten Freund trifft. Es müssen also die zweybandige Geschwistrigt, welche mit denen Ascendenten aus besonderer Gnad zum Erben zugelassen werden, nicht übel nemmen, wann sie nicht anderst als nach der Anzahl der Personen zugelassen werden. Ein anders ist, wann die Ascendenten allein und zwar ingleichem Grad verhanden seynd, dann solchen Falls seynd sie im Recht gleich, und ist nicht unbillig, daß sie die Erbschafft der Lini nach, und nicht der Anzahl der Personen nach nemmen.

Man wird widersetzen, daß die zweybandige Geschwisterigt den Verstorbnen im ersten Grad verwandt seyen, die An-Herrliche oder An-Frauliche Personen und Ascendenten aber erst im 2. Grad, müssen nothfolglich auch bey der Erbnahm vorgehen. Wir aber antworten, obwohlen die zweybandige Geschwistrigt um einen Grad näher seynd als die An-Herrliche Personen, so seynd sie doch in der Ordnung zu erben nicht näher, und also müssen sie sich in den Schranken ihrer Grad halten, und sich weiters nicht erhöben.

Wann man fragt, warum der Justinianus, die zweybandige Geschwistrigt mit denen Eltern und Ascendenten bey Erbnahm ihrer Mit-Brüder und Schwestern gleich gehalten habe? So sagen wir, daß solches dem Kayser gefallen habe. Die Ursach wird der geneigte Leser finden bey D. Belold. loc. cit. thes. 18. Und bey Gail. 2. obs. 98. n. 7.

Und dises, was wir von denen An-Herrlichen und An-Fraulichen Personen gesagt haben, das ist auch von Ur-An-Herrn und Ur-An-Frauen und weitern Ascendenten, wann es also die Natur zulassete, zu verstehen. Zum Exempel, wann ich einen Bruder, und von Seiten des Vatters, und der Mutter 8. resp. Ur-An-Herrn und Ur-An-Frauen hinterlasse, so wäre meine Erbschafft in 9. Theil zu vertheilen, weil mein zweybandiger Bruder ab intestato mehr nicht bekommete, als jede Person aus meinen Ur-An-Herrn oder Ur-An-Frauen.

Was die Kinder der zweybandigen Geschwistrigten anbelangt, ist die 5. Regul, daß die Kinder der Brüder und Schwestern in die Stell ihrer Eltern eintretten und Jure repræsentationis in Stirpes mit ihrer Eltern Geschwistrigten, und mit des Verstorbenen Eltern oder Ascendenten gleiche Portion bekomen, welche der Vatter oder Mutter wurde bekomen haben, wann sie gelebt hätten. Zum Exempel, ich stirb, und verlaß nach mir meinen Vatter, und einen zweybandigen Bruder, und aus meiner zweybandigen verstorbnen Schwester 3. Kinder so ist meine Erbschafft ab intestato in 3. Theil abzutheilē, u. nicht in 5. weil die 3. Kinder meiner Schwester in die Stell ihrer Mutter eintrettē, und bekomen allein derselben Theil von meiner Erbschafft, welcher Theil unter ihnen wider in 3. Theil zu vertheilen ist. text. in cap. 1. Novell. 127. wo in genere in der Rubr. verordnet wird, daß der Brüder Söhn in gleiche Portionen erben, auch wann Ascendenten verhanden seynd. Forster lib. 7. cap. 7. n. 1. was ist aber Rechtens, wann man mit Giphanio ad Rubr. Inst. de success. ab intestato einen solchen Casum setzt, daß einer einen Vatter und Mutter, drey Brüder, und aus dem 4ten verstorbnen Bruder 10. Kinder hinterlaßt, jetzt ist die Frag, in wie vil Theil die Erbschafft vertheilt werden müsse? Und es antwortet Giphanius, daß die Erbschafft in 3. Theil zu vertheilen seye, deren einen der Vatter und Mutter zugleich miteinander, den andern die 3. Brüder, und den dritten die 10. Kinder, diß aber komt mit unsern Art. nicht über eins, weil vorbesagter massen die zweybandige Brüder, wann Vatter und Mutter im Leben, zu gleichen Theilen mit denen Elteren erben, das ist in capita nach Anzahl der Personen, so vil Mund so vil Pfund. Und wann aus dem vor verstorbnen Bruder Kin-

der verhanden seynd, dise erben in stirpem, und bekommen mehr nicht, als ihre Eltern bekommen hätten, wann sie gelebt hätten. Es muß also di Abtheilung in 6. Theil geschehen, wovon zwey Theil der Vatter und Mutter, drey Theil die drey Brüder, oder Schwestern, und den 6. Theil des verstorbnen Bruders Kinder. Diser Meynung ist auch Forster lib. 7. cap. 5. n. 4. Harprecht de success. fratrum cum ascen. n. 387. Manz de success. tit. 5. §. 1. n. 38.

4. Was ist aber Rechtens, wann keine zweybandige Brüder oder Schwestern, sonder allein aus einem vorverstorbenen Bruder oder Schwester Kinder vorhanden, wie ist alsdann die Abtheilung zu machen? Und es antwortet Giphan. loc. cit. daß des Bruders oder Schwesters Kinder völlig ausgeschlossen werden, Krafft der Novell. 118. wo cap. 3. dise ausdruckliche Wort zu finden, aber denen Bruders Söhnen lassen wir alsdann dises Beneficium zu, wann sie zur Erbschafft mit ihren Vatters oder Mutters Brüderen beruffen werden; Aber in dem gesetzten Casu wird gesetzt, daß kein Bruder, und Schwester, sonder allein die Eltern verhanden, sie werden also mit ihnen werden zur Erbschafft der verstorbnen Brüder oder Schwester Kinder nicht beruffen, sonder erbt der Vatter und die Mutter allein, der Innhalt aber der Novell. 127. cap. 1. daß corrigirt worden, halten fast alle darfür. Da der Kayser in Novell. 118. sagt, wir haben zwar befohlen, daß die Brüder von Rechtswegen mit den Eltern zur Erbschafft beruffen werden sollen, wir haben aber des Bruders Söhn ausgeschlossen. Und setzt cap. 1. bey, dises also billig aufzuheben, verordnen wir, daß, wann ein Sterbender einen Ascendenten, und Brüder, welche mit den Eltern können beruffen werden, item eines anderen vorverstorbenen Bruders Söhn mit denen Ascendenten und Brüdern hinterlaßt, auch des verstorbnen Bruders Sohn zum Erben beruffen werden sollen.

Man wird sagen, daß diser Text mehr widrig seye, weil er in specie von denen Kinderen des vorverstorbnen Bruders redet, welche mit des Vatters oder Mutters Geschwistrigten anstehen, wir aber setzen den Casum von des vorverstorbnen Bruders Kinderen, welche ohne Vatters oder Mutters Geschwistrigte zum Erben anstehen; Wir aber antworten, daß diß Krafft der vorigen Wort schon verordnet worden seye in Novell. 118. weilen nun hier in Novell. 127. etwas corrigirt wird, so ist nothwendig zu sagen, daß diser Text also zu verstehen seye, daß die Kinder des verstorbnen Bruders, sie mögen mit Vatters oder Mutters Brüdern oder auch allein ohne Vatters und Mutters Brüdern mit den Eltern anstehen, zur Erbschafft zu gelassen werden. Dises bestättiget die Uberschrifft diser Novellæ, welche also lautet, daß die Bruders Kinder wie die Brüder auch die Ascendenten erben sollen, und also thun disen Text auslegen Schneidew. loc. cit. n. 29. Matth. Stephani ad Novell. 118. n. 47. Forster. lib. 1. cap. 7. n. 2. & 3. Welchen Verstand auch unser Art. bequehmiget, wo er vers. doch ꝛc. klar sagt, daß der Geschwistrigt, von beyden Banden Kinder, ihr seynd wenig, oder vil. NB. es seye gleich ein Geschwistrigt noch im Leben, oder alle verstorben, erben alle an statt ihrer Vatter und Mutter, und nicht mehr, dann ihr Vatter, und Mutter geerbet hätten, wo sie im Leben bliben wären.

Man wird wider setzen, daß die Geschwistrigt Kinder in dem Fall, wo kein Vatter oder Mutters Bruder übrig, in capita erben, wie wir bey den 1. Art. 41. Tit. sagen werden aber in dem kurtz zuvor gesetzten Casu wird supponirt, daß die Kinder des verstorbnen Bruders mit den Eltern erben, erben also in capita. Hierauf aber wird geantwortet, daß sie zwar erben ohne Vatters und Mutters Brüder, aber deßwegen thun sie nicht in capita erben, weil sie mit den Eltern erben, dann deren Gegenwart macht, daß sie nur in stirpem zu gelassen werden. Der Art. 1. Tit. 41. redet von dem Fall, wann weder Vätterlicher noch Mütterlich Geschwistrigt, noch Eltern, oder Ascendenten im Leben seynd, dann solchen Falls erben sie aus eignen Recht und nicht Jure repræsentationis, erben also in capita.

Weiters wird in disem Art. die 6. Regul gesetzt, wann einer aus den Kindern nach vorverstorbnen Eltern stirbt, das ist, nach dem Tod des Vatters und Mutters, und aus aufsteigender Linie An-Herrn oder Ur-An-Herr neben zwey bandigen Brüdern oder Schwestern, aber an der Zahl ungleich hinterlaßt, zum Exempel, von Seiten der Vätterlichen Linie allein den An-Herrn, oder Ur-An-Herrn, von Seiten der Mütterlichen Linie aber den An-Herrn und die An-Frau, oder Ur-An-Herr und Ur-An-Frau, daß alsdann der An-Herrn und An-Frau Mütterlicher Linie nicht mehr bekommen, als der An-Herr allein Vätterlicher Seits, eben diß ist auch zu sagen von der Ur-An-Herrlichen Linie, in welcher sich zu tragen kan, daß zwey Ur-An-Herrliche Persohnen zum Exempel Vatter Seits, und 4. Ur-An-Herrliche Persohnen Mutter-Seits im Leben seyen, welche beyde Persohnen doch allein einen Theil, der Erbschafft, und die 4. Persohnen auch einen Theil, die zwey bandige Brüder und Schwestern aber und zwar jedes für sich einen gantzen Theil bekommen. Die Sach ist obscur und dunckel, aber in einem Exempel kan es klar genug gemacht werden Wann man setzt der verstorbne Titius habe noch seinen Vätterlichen An-Herrn, und 5.

Mutter

Mutter Seits den An-Herrn und An-Frau zugleich, hernach einen zwey bandigen Bruder und ein zwey bandige Schwester. Seind also 5. Persohnen, drey An-Herrliche und zwey von der Seiten nehmlich der Bruder und die Schwester. Dise Persohnen vertheilen die Erbschafft nicht in 5. Theil, sonder allein in 4. also daß der An-Herr und An-Frau Mutter Seits allein für eine Persohn gerechnet werden, der Vätterliche An-Herr für die zweyte Persohn, und endlich der Bruder und die Schwester für die dritte und vierte Persohn. Eben diß ist zu sagen vom anderen Casu, wann Ur-An-Herrliche Persohnen im Leben seynd, dann zwey Vätterlicher Seits, und vier Mütterlicher Seits bekommen mehr nicht, als jede Parthey einen Theil von des Verstorbnen Erbschafft, die übrige zwey Theil bekommen der Bruder und die Schwester. Also daß die Erbnahm mit zwey bändigen Brüder und Schwestern, bey denen von auffsteigender Linie nicht nach Anzahl der Persohnen, sonder der Linie nach geschiehte Und deßwegen

6. Ist die siebende Regul zu setzen, daß, wann zum Exempel der Titius einen Vätterlichen An-Herrn, hernach einen An-Herrn und An-Frau Mutter Seits, weiters einen zweybandigung Brüder, und endlich aus einer zweybandigen Schwester 3. Kinder hinterlaßt, zwar 7. Persohnen zur Erbschafft des Titii beruffen werden, die Erbschafft aber ist allein in 4. Theil zu vertheilen, wovon einen der An-Herr Vätterlicher Seits, den anderen die An-Frau und An-Herr Mütterlicher Seits, den dritten der zweybandige Bruder, und den vierten Theil die Kinder von der zweybandigen Schwester, wo sonderheitlich zu notirn ist, daß hier die Erbnahm in capita, in stirpes, und der Linie nach zusammen kommen, weil der zweybandige Bruder eine gantze Portion für seinen Theil, die 3. Kinder aber der Schwester, welche jure repraesentationis in stirpem erben, den anderen wider unter ihnen zu vertheilen stehenden Theil, und gleicher Gestalten der An-Herr Vatter Seits die dritte Portion für seinen Theil, der An-Herr und An-Frau Mutter Seits aber die vierte wieder unter ihnen zu vertheilen habende Portion ziehen.

Man wird sagen, daß hier ausdrucklich die Recht ein ander widersprechen, weil kurtz zuvor bey der 4. Regul wir gesagt haben, daß (seynd die Wort unsers Art.) in dem Fall, wo des verstorbnen Sohn weder Vatter noch Mutter mehr im Leben ist, die zweybandige Brüder, und ihre Kinder mit denen An-Herrn und An-Frauen, und wann auch dise Persohnen nicht mehr im Leben seynd, mit des verstorbnen Ur-An-Herrn und Ur-An-Frauen, alle Haab unverscheidentlich, NB. je ein Persohn so vil, als die ander erblich empfangen. Wir antworten, daß wir in Betracht dises Art. gewiß langen Anstand genommen haben, unter dessen, damit wir der Contradiction entgehen, weilen nicht glaublich ist, daß ein so handgreifflicher Fehler in so wenig Zeilen einschleichen könne, unsers Erachtens die Text also zu vereinigen seyn, daß die zweybandige Brüder und Schwestern mit An-Herrlich und Ur-An-Herrlichen Persohnen in capita erben, wann die An-Herrliche oder Ur-An-Herrliche An-Fräuliche oder Ur-An-Frauliche Persohnen an der Zahl gleich seynd. Zum Exempel einer stirbt, ohne Hinderlassung eines Vatters oder Mutters, laßt jedoch hinter sich den An-Herrn und An-Frau Vatter Seits, und zugleich auch den An-Herrn und An-Frau Mutter Seits nebst einem zweybandigen Bruder. Krafft der vierten Regul muß die Erbschafft in 5. Theil vertheilt werden, welches der zweybändige Bruder nicht übel nehmen kan, weil er nur vorbesagter massen aus Gnaden und Freyheit erbet, weil die Ordnung zu erben die Auffsteigende vor denen Seiten-Befreundten trifft. Wann aber einer stirbt, und allein den An-Herrn Vatter Seits, und zugleich den An-Herrn und An-Frau Mutter-Seits nebst einem Bruder hinterlaßt, so wird die Erbschafft allein in 3. Theil vertheilt, wovon einen der An-Herr Vatter-Seits, den anderen und An-Herr und An-Frau Mutter Seits, und den dritten der zweybandige Bruder. Und es kan auch diß denen An-Herrlichen und An-Fräulichen Persohnen Mutter Seits nicht schwer fallen, dann wann vorbesagter massen die An-Herrliche und An-Frauliche Persohnen allein, wann keine zweybändige Geschwistrigt verhanden seynd, nicht erben der Persohnen Zahl nach, sonder der Linien nach, also können sie sich nicht beklagen, wann eben dise Verordnung beobachtet wird, wann die um einen Grad nähere Brüder und Schwestern nach laut voriger Verordnung zu gleich zu gelassen werden. Wann man nun disem Exempel beysetzt, daß mit dem An-Herrn Vatter Seits, mit dem An-Herrn und An-Frau Mutter Seits, und mit dem zweybandigen Bruder aus 3. Kinder aus einer zweybandigen Schwester ansitzen, so hat der geneigte Leser, was wir zuvor gesagt haben, daß nehmlich die Erbnahm geschehen müsse theils in capita, das ist, was den An-Herrn Vatter Seits, und den zweybandigen Bruder betrifft, theils in stirpem, das ist, was die Kinder der zweybandigen Schwester belangt, und theils der Linie nach, das ist, was die An-Frau und

und An-Herrn Mutter-Seits betrifft. Und also vermeynen wir, daß diser sehr obscure Umstand zu erleutheren seye.

7. Die achte Regul ist, wann keine zweybandige Brüder oder Schwestern im Leben seynd, sonder die Eltern oder Ascendenten allein, als dann erbt man in stirpes, oder vilmehr denen Linien nach, und nicht in capita, so vil Mund so vil Pfund, das ist, sagt der Art. die gantze Erbschafft wird in 2. Theil getheilt, deren einer der Vätterlichen Linie, der ander aber der Mütterlichen Linie zufallet. Und dises zwar hat keinem Zweiffel, wann man setzt, daß der Vatter und Mutter noch im Leben seye, weil sie im Grad gleich seynd, und also die Erbschafft in zwey Theil abtheilen. Wann aber man setzt, daß die Mutter vorverstorben, und hinter sich gelassen habe einen An-Herrn und An-Frau so muß man disen unsern Art. nicht also verstehen, als wäre des Verstorbnen Erbschafft in 2. Theil zu vertheilen, deren einer der Mütterlichen Linie, und der ander der Vätterlichen Linie zufallet, dann, weilen der Vatter um einen Grad näher ist, so schließt er ja den An-Herrn und An-Frau Mutter Seits als um einen Grad weitere Persohnen aus, sonder es ist der Art. also zu verstehen, daß, wann in der auffsteigenden Linie mehrere Persohnen gleichen Grads verhanden, die Erbs-Theilung geschehen müsse nicht nach der Zahl der Persohnen, sonder allein in stirpes, oder vilmehr der Linien nach. Zum Exempel, wann Vatter Seits allein der An-Herr lebet, Mutter Seits aber der An-Herr und An-Frau, so wird die Erbschafft abgetheilt in 2. Theil, deren einen der An-Herr Vatter Seits, den anderen aber der An-Herr und An-Frau bekommt, welcher wider unter ihnen zu gleichen Theilen zu vertheilen ist. In gleichem, wann Vatter Seits der An-Herr lebt, Mutter Seits aber weder der An-Herr noch die An-Frau übrig ist, wohl aber der Ur-An-Herr und Ur-An-Frau, so erbt der An-Herr Vatter Seits allein, und schließt den Ur-An-Herrn und Ur-An-Frau aus, weil er um einen Grad näher ist. Wann man aber setzt, das Vatter Seits allein der Ur-An-Herr lebe, Mutter Seits aber 4. Persohnen, das ist, zwey Ur-An-Herrn und zwey Ur-An-Frauen, obwohlen diß in der That 5. Persohnen seynd, so erben sie doch nicht in capita, sonder in stirpes, oder denen Linien nach, daß also der Ur-An-Herr Vatter Seits die Helffte der Erbschafft, die 4. Persohnen aber Mutter Seits die andere Helffte bekommen, welche wiederum unter ihnen in 4. Theil zu vertheilen ist, wie wir alles in vorgehenden ausgelegt haben.

Die 9te Regul ist, daß, wann eine 8. Linie der Auffsteigenden völlig erloschen ist, alsdann die andere Linie allein erbe. Zum Exempel, die Mutter ist gestorben, und Mutter Seits ist von auffsteigender Linie gar niemand vorhanden, alsdann erbt allein die Vätterliche Linie, das ist, allzeit dem Grad nach, also daß das Erb dem Vatter vor dem An-Herrn, dem An-Herrn vor dem Ur-An-Herrn und so weiters zu reden, gebührt; Wann aber der An-Herr und An-Frau Vatter Seits zu gleich leben, weil sie in Grad gleich seynd, so erben sie auch zu gleichen Theilen, welches auch vom Ur-An-Herrn und Ur-An-Frau zu sagen ist; Weil jedoch sich zu tragen kan, daß im dritten Grad der Ascendenten, das ist, Ur-An-Herrlicher Grad, mehrere Persohnen leben können, und zwar alle im Grad gleich, aber ungleich an der Zahl der Persohnen in ihren Linien, alsdann muß abermahlen die Abtheilung nicht in capita, sonder in stirpes, oder vilmehr der Linien nach gemacht werden, zum Exempel, Vatter Seits lebt der Ur-An-Herr noch und die Ur-An-Frau: Mutter Seits aber allein die Ur-An-Frau, und seynd in der That 3. Persohnen. Dise nun vertheilen des Ur-Enckels Erbschafft nicht in 3. Theil, oder in capita, und nach Anzahl der Persohnen, sonder in stirpes, oder denen Linien nach, also daß der Ur-An-Herr und Ur-An-Frau Vatter Seits die Helffte der Erbschafft bekommen, der Ur-An-Frau Mutter Seits aber die andere Helffte zu fallet, und also erbt man den Linien nach.

In jedwederen Casu aber, so lang die 9. Ascendenten ererben, werden die einbandige Brüder oder Schwestern, sie mögen von Vatter oder Mutter hero Geschwistrigte seyn, und ihre Kinder von der Erbschafft ausgeschlossen. Und diß ist der Verstand unsers sehr obscuren Art.

Wann man fragt, ob in disem gan- 10. tzen Art. kein Unterschied unter dem Gemeinen und unsern Land-Recht enthalten seye? Die zur Revision der Land-Recht Deputirte Räth haben darfür gehalten, daß diser Art. glathin nach dem gemeinen Recht verfaßt worden seye, nehmlich nach der Richt-Schnur auth. de functo. Cod. ad. S. C. Tertul. und des §. consequens. cum seq. auth. de hæred. ab intest. venient. welches also glathin wahr seye, wir sehr anstehen; Dann dem gemeinen Recht nach machen die DD. einen grossen Zweiffel, wann die Kinder zweybandiger Brüder oder Schwestern ohne Vatters oder Mutters Bruder oder Schwestern mit denen Ascendenten anstehen, ob dise zugleich mit denen Ascendenten zur Erbschafft zu gelassen werden, und welcher Gestalten, oder ob sie nicht völlig aus

ausgeschlossen werden, und die Erbschafft nicht allein denen Ascendenten zufalle? Zum Exempel, nach dem Todt des Vatters und Mutters überleben, der An-Herr und An-Frau Vatter Seits, Mutter Seits aber die An-Frau, wann dise allein seynd, ist gewiß, daß die Abtheilung geschehen müsse in stirpes, oder den Linien nach, das ist, allein in zwey Theil; Was ist aber Rechtens, wann aus dem verstorbnen zweybandigen Bruder, mit bemelten Ascendenten, auch 3. Kinder verhanden, machen dise Wahl, daß man erbe, so vil Köpff so vil Theil? Und es antwortet Forster lib. 7. cap. 7. n. 7. daß die Abtheilung nicht in capita geschehen müsse, sondern in stirpes, und also allein in 3. Theil, deren einer allein der An-Frauen Mutter Seits, der ander dem An-Herrn und An-Frauen Vatter Seits mit ein ander, der dritte aber des bemelten Bruders Söhnen, so unter ihnen wider in gleiche Portionen zu vertheilen kommt, zu fallet. Wo er dise Ursach beysetzt, die Bruders Söhn haben für sich das Recht nicht, daß sie in capita und nach Zahl der Persohnen erben, wie werden sie also machen, daß die Ascendenten, von welchen wir reden, in capita erben sollen? Welcher Sentenz, wann er wahr ist, wie er wahrhafft zu seyn anscheint, so wäre hier ein hand-greifflicher Unterschied unter unsern Land- und dem gemeinen Recht. Dann unser Art, sagt ausdrucklich, daß in dem Fall, wo weder Vatter noch Mutter des Verstorbnen im Leben seynd, die zweybandige Brüder und Schwestern, oder NB. ihre Kinder mit denen Ascendenten in capita erben, erbet je ein Persohn so vil, als die ander. Wann aber der geneigte Leser sich auf die 4. und 7. Regul beziehen will, wo wir ausgelegt haben, daß zu Verhüttung der Contradiction ein Unterschied zu machen seye unter dem Fall, wo zweybändige Brüder und Schwesteren neben denen beyder Seits in gleicher oder ungleicher Anzahl lebenden Ascendenten verhanden seynd. In dem ersten Fall, ist dise Regul wahr, daß nach dem Anfang unsers Art. die Abtheilung in capita geschehen müsse. Wir wollen das alida gesetzte Exempel wiederholen, daß ein Sterbender einen An-Herrn und An-Frau Vatter Seits, zu gleich einen An-Herrn und An-Frau Mutter Seits, und endlich einen zweybandigen Bruder und Schwester hinterterlasse. Gewiß ist, daß sowohl dem gemeinen als unsern Land-Recht nach die Erbschaffts-Abtheilung ab intestato geschehen müsse nach Anzahl der Persohnen in 6. Theil, und weilen der Brüder und Schwestern Sohn in die Stell ihrer verstorbnen Eltern eintretten, so ist eben diß zu sagen, wann man setzt, daß der Bruder und Schwester zu vor verstorben seyen, und jedes von ihnen 3. Kinder hinterlassen hat: Dann dise 6. Kinder bekommen in Nahmen ihrer Eltern mehr nicht als die Eltern bekommen hätten, wann sie noch lebeten, und also bleibt die Abtheilung in 6. Theil, wann aber nach des Forsteri Meynung ein Exempel gesetzt wird, wo der Ascendenten Persohnen in zerschiedenen Linien und in der Zahl ungleich seynd. Zum Exempel, der An-Herr und An-Frau Vatter Seits, die An-Frau Mutter Seits mit und neben einem zweybandigen Bruder thun Krafft der 8. Regul denen Linien nach erben, muß also die Abtheilung in 3. Theil geschehen, deren einen der An-Herr und An-Frau Vatter Seits, den anderen die An-Frau Mutter Seits, und den dritten der zweybandige Bruder bekommt. Aus welchem handgreifflich folget, daß, wann in Nahmen des zweybandigen Bruders mit vorbemelten, 3. Persohnen auffsteigender Linie 3. von ihm hinterlaßne Kinder im Leben seynd, nach unsern Art. die Abtheilung der Erbschafft nicht in 6. Theil der Zahl der Persohnen nach, sonder allein in 3. Theil den Linien nach zu machen seye. Aus Ursach, weil die Novell. 127. verordnet hat, daß der Brüder Söhn wie die Brüder erben, auch wann Ascendenten im Leben seynd. Wann aber dise im Leben seynd, so machen die zweybandige Brüder, daß die in der Zahl ungleiche Ascendenten den Linien nach erben, also auch machen solches der Bruder Kinder, welches nach unsern Art. klar genug ist, in vers. Und wo nach Abgang &c. Wo gegen End desselben der zweybandigen Brüder Kinder ihren verstorbnen Eltern gleich gehalten werden, daß sie den Gewalt haben, die Erbnahm der Ascendenten in dem Fall, wo die lebende Ascendenten von zerschiedenen Linien, und an der Zahl ungleich seynd, zu veränderen in die Erbnahm der Linien nach. Mit einem Wort sagen wir, wann einer mit Forstero der Meynung ist, daß die Ungleichheit der von unterschiedlichen Linien vorhandenen Persohnen die Arth zu erben bey denen Ascendenten nicht abändere, wie diß fürwahr der auth. defuncto conform ist, so folget, daß ein handgreifflicher Unterschied unter dem gemeinen und unsern Land-Recht seye; Wann aber die Auslegung unsers Art. welche wir gethan haben, zu gelassen wird, so bekennen wir frey, daß in disem unserem Art. nichts besonders vom gemeinen Recht entferntes enthalten seye. diff.

11. Wann man fragt, was für ein Ursach seye, daß, wann ein zweybandiger Bruder im Leben, und von Seiten des Vatters der An-Herr und An-Frau, auch von Seiten der Mutter der An-Herr und An-

Frau, und also 4. Persohnen aufsteigender Linie vorhanden, die Erbschaffts-Abtheilung in 5. Theil gemacht werden müsse, und wann der zweybandige Bruder mit dem An-Herr und An-Frau Vatter Seits, und mit der alleinigen An-Frau Mutter Seits anstehet, die Erbschaffts-Abtheilung nicht in 4. Theil, sonder allein in 3. Theil gemacht werden müsse, weil die Gleichheit und Ungleichheit der Persohnen aufsteigender Linie an der Zahl nichts zur Sach zu thun scheinet? So können wir über vorbemeltes nichts als des Gesatz Gebers Willen beysetzen, weil absonderlich in diser sehr offt abgeänderten Materi meistens des Gesatz-Gebers blosser Will vorgetrungen hat.

12. Unter dessen ist jenes gantz falsch, was einige einstens aus disem unsern Art. schliessen wollen, daß in dem Fall, wo mit 4. An-Herrlichen oder An-Fraulichen 4. Persohnen drey aus einem Verstorbnen zweybandigen Sohn lebende Kinder anstehen, die Abtheilung in 7. Theil geschehen müsse, weil unser Art. ausdrucklich sagt, daß die Abtheilung in capita geschehen müsse, wann mit denen Ascendenten zweybandige Brüder oder Schwesteren oder NB. ihre Kinder anstehen, weil diß anderst nicht zu verstehen ist, ausser, daß die Kinder der zweybandigen Brüder oder Schwester in stirpes erben, sonsten zu sehr und ungeschickt die Erbnahm vermehrt wurde, wann man setzt, daß aus einem zweybandigen Bruder und Schwester 20. Kinder, nehmlich aus jeden 10, und vier An-Herrliche Persohnen verhanden, weilen nach disem Verstandt des Verstorbenen Erbschafft in 24. Theil vertheilet werden müste, wo doch, wann sie in stirpes eingerechnet werden, die Erbschafft allein in 6. Theil abgetheilt wird.

Man wird widersetzen, daß in der Novell. 118. alsdann erst der Brüder Söhn in stirpes erben, wann sie mit der Eltern Geschwistrigten anstehen, hier aber stehen sie an mit denen Ascendenten ohne ihrer Eltern Geschwistrigte, erben also in capita. Wir aber antworten, daß sie nicht aus eignen Recht, und aus eigner Persohn anstehen, sonder jure representationis, in die Stell ihrer Eltern, wie wir schon oben ausgelegt haben, in welchem wir uns nicht mehr länger aufhalten.

13. Eine schwerere Frag ist, weilen in unsern alten Statuten Tit. 46. Art. 3. verordnet wird, daß in dem Fall, wo die Eltern ihre Kinder erben, der Vatter zuvor absönderen, und bekommen soll, was dem verstorbnen Sohn Vatter Seits zugefallen und hingegen die Mutter, was der Sohn ihrer Seits bekommen, alsdann erst sie in übrigen sonst erworbenen Güthern der Sohn zu gleichen Theillen erben sollen, ob diß auch in den natürlichen Statuten Platz habe? Die Ursach zu zweifflen ist, weil nicht sattsam erhellet, daß diß an einem Ort abgeändert worden, was aber nicht geändert wird, das muß Platz haben. Absonderlich, weil dise Gewohnheit auch an vilen anderen Orthen angenommen ist, wie von Burgund bezeugt Cossan in Burgund. consult. rubr. 7. §. 6. in princ. & Gloss. 1. 2. & 3. von der Gewohnheit zu Bitur. Bœrius tit. de consult, restand. §. 4. consuli. Aurel. Pyrrhus. de success. cap. 2. de consult sabaud. Ant. Faber in legit. hæred. de fin. 2. Gabriel. lib. 4. de succes. ab intest. conclus. 3. de Austr. & Tyrol. Das Tyrollische Land-Recht Lib. 3. Tit. 2. Art. 17. und vile Authores halten darfür, daß dise Meynung gerechter und billiger als die andere seye, welche die Confusion der Güther, sie mögen herkommen, wo sie wollen, zulaßt. vid. Grass. §. successio. ab interstato. quæst. 22. Gomez ad L. tauri 7. Tyraquell de retract. consang. §. 14. n. 12. & 13. Forster de sucah intest. lib. 3. conclus. 4. Gabr. loc. cit. Mynsing. cent. 6. obser. 55. Weilen jedoch die gemeinere Meynung darfür haltet, daß das Widerspiehl den Rechten mehrers Conform seye, wie die erste citirte Authores bekennen, aus Ursach, weilen die Güther, nachdem sie dem Sohn zugekommen, nicht mehr Vätterlich noch Mütterliche Güther können genennt werden, sonder seynd dem Sohn eigen worden, dißwegen vermeynen wir, daß von diser gemeineren Meynung nicht abzuweichen, sonder des Sohns Erbschafft unter dem Vatter und der Mutter ohne Unterschied und Absönderung der Güther zu gleichen Portionen abzutheilen seye, absonderlich, weilen die widrige Meynung nichts als vil Stritt verursachen kan, da jeder Theil behauptet, daß diß von Vatter jenes von Mutter Seits herkomme, hernach daß unsere alte Statuten corrigirt worden, wird unsers Erachtens aus disen Worten unsers Art. klar erwiesen, alle Haab unverschiedentlich das ist, daß die Ascendenten in capita ohne Unterschied alle Güther abtheilen, wo sie hergekommen. Dann wann dise Wort nicht also ausgelegt werden, selbe, unnützlich wären, und thut sehr vil zur Sach, daß die Herrliche Räth per majora der Meynung gewesen, daß der Unterschied unter den Güthern, so von unterschiedlichen Linien herkommen, als ein Mutter der Strittigkeiten zu verwerffen seye.

Wir haben gesagt, daß allein die zweybandigen Brüder und Schwestern mit denen Ascendenten zur Erbschafft zu gelassen werden. Aber wird nicht auch ein Bru- 14.

der,

der, so eine andere Mutter gehabt, wenigst mit dem Vatter oder Ascendenten Vatter Seits, und der Bruder, so einen anderen Vatter gehabt, mit der Mutter oder Ascendenten Mütterlicher Seits zugelassen? Und man antwortet mit Nein, Fachin. lib. 6. controv. cap. 8. Besold. de success. thes. 20. in fin. Harprecht. de concurs frat. cum ascend. n. 346. Die Ursach ist, weilen sie nicht zweybandig seynd, welche Zweybandigkeit der Kayser Justinianus in dict. Novell. 118. cap. 2. in Betracht gezogen. Dann heut ist bey Erbung aller eigenthumliche Güther aller Unterschied der Agnation und Cognation aufgehoben.

15. Was ist aber Rechtens, wann man setzt, daß einer aus den Söhnen sterbe, welcher keine andere Güther, als bona adventitia verlassen, von welchen der Vatter die Nutz-Niessung hat, ob nichts desto weniger der Vatter und die Mutter in gleiche Theil erben? Die Ursach zu zweiflen ist, weil der Vatter in den bonis adventitiis des Sohns auf seinen Leben lang die Nutz-Niessung hat, welchen ihme ja die Mutter durch ihren Erbtheil nicht benemmen kan. Und wir antworten, diß seye wahr, dann es ist gewiß, daß der Vatter durch den Todt des Sohns die Nutz-Niessung in den bonis adventitiis nicht verliehre. Boër. decis. 172. n. 33. & seq. Suarez comm. opin. lit. P. n. 32. Wann also mit dem Vatter in des Sohns Erbschafft die Mutter den Sohn erbt, oder auch mit den Eltern die zweybandige Brüder und Schwestern, so verbleibt dem Vatter die Nutz-Niessung in den bonis adventitiis. Und also das blosse Eigenthum in die Theilung kommt, mit welchem sodann nach des Vatters Todt die Nutz-Niessung vereinbahrt wird. pulchrè Manz ad tit. 5. de success. in princ. n. 18.

Hingegen aber, wann der verstorbne Sohn, gantz frey eigne ihm vollständig zugehörige Güther hinterlassen hat, und der Vatter mit zweybandigen Brüdern und Schwestern erbt, so bekommt er in den Portionen der zweybändigen Brüder und Schwestern die Nutz-Niessung nicht. Novell. 118. cap. 2. Wo der Kayser die Ursach gibt, weilen durch gegenwärtiges Gesatz der Vatter an statt der Nutz-Niessung das Eigenthum bekommt: Als wolte der Kayser gleichsam sagen, dem Vatter soll genug seyn, daß er aus des Sohns Erbschafft eine Portion mit vollständigen Recht, mit dem übrigen seinen zweybändigen Söhnen bekommt, weil sonsten das Vätterliche Absehen seyn soll, vilmehr die Kinder zu bereichen, als sich selbsten. Ist also dises ein Casus aus jenen, wo dem dem Vatter in des Sohns bonis adventitiis die Nutz-Niessung nicht zu kommt, wie wir bey dem Titul vom Vätterlichen Gewalt gemeldet haben. Hierüber ist auch zu lesen auth. item hæreditas. Cod. de bonis quæ lib. &c wo Gottofredus notirt, so offt der Vatter die Gemeinschafft des Eigenthums mit dem Sohn hat, so offt er in des Sohns Portion die Nutz-Niessung entbehren müsse. 16.

Der fünffte Articul.

Wo eine Mutter, oder An-Frau ihre Kinder, oder Enicklen, mit anandern ihres verstorbenen Kinds Geschwistrigten, oder Geschwistrigten Kinder, oder mit der Enicklen Geschwistrigten erbet, und sich wieder verheyrathe, es sey vor ihres Kinds, oder Enicklen Todt, oder darnach, so bleibt ihr allein ihr Leben lang, die Abnutzung des Guths, und Haab, fahrends und liegends, so ihrem Kind oder Enickel, daß sie geerbt hat, von Vätterlicher Seiten zu gestanden, und worden ist, und nach ihrem Todt fällt solch Guth zu gleichen Theilen wieder an ihres Kinds oder Enicklen, daß sie geerbt hat, Geschwistergit von beyden Banden, und derselben Kind, und nicht an ihre Kinder, die sie in anderer Ehe gebohren hat. Und diß ist auch in allermaß also recht, wann ein Vatter, oder An-Herr, sein Kind, oder Enicklen, mit derselben Geschwistrigt, oder des Kinds Geschwistrigten Kinder erbet, und sich anderwerts verheyrathe, in der Haab und Guth, so dem Kind, oder Enicklen von Mütterlichen Seiten zu gestanden, und worden ist.

Nicht weniger wann ein Wittib, im Fall in ihres Hauß-Wirths seeligen Testament kein Vormunder geordnet ist, sich ihres Kinds Vormund-

mundschafft nicht annimmt, und dannoch keinen anderen Vormunder zu verordnen begehrt, verliehrt sie auch das Eigenthum dessen, was sie von solchen Kind, wann es vor 21. Jahren verstorben, geerbet, in deme was von Vätterlicher Seiten an solch Kind kommen. Da auch ein Wittib sich gleichwohl nicht wieder verheyrathe, sonder sonsten einen unzüchtigen Wandel und Leben führet, verliehrt sie eben das, was sie durch den andern Heyrath verlohrn hätte.

Summaria.

1. und 3. Wann die Mutter, oder An-Frau vor oder nach des Sohns Todt sich wieder verheyrathet, welcher Gestalten ihr Erb-Recht in der Kinder Güther nur auf die blosse Nutz-Niessung eingeschränckt werde?
2. Warum sie mit diser Straff belegt werden, und ob nicht die *pœnæ secundarum nuptiarum* dem Geistlichen Recht nach aufgehoben seyen?
4. Ob sich auch dise Pœn *secundarum nuptiarum* auch auf den Vatter und An-Herrn erstrácke?
5. Was Rechtens, wann der Verstorbne keine zweybandige Brüder oder Schwestern hinterlassen hat, und also die Eltern allein erben, ob sie nur die Nutz-Niessung, oder auch das Eigenthum erben?
6. Ob alle Vätterliche Güther, welche der Mutter *ab intestato* erblich von denen Kinderen zu gefallen, es mögen solche *directe* aus erster Erbnahm, oder *indirecte* aus weiterer Erbschafft zu kommen seyn, zuruck gegeben werden müssen?
7. Was Rechtens, wann die zweybändige Brüder und Schwestern der Güther unfähig seynd, ob nichts desto weniger sie die Eltern verhindern, daß sie die Nutz-Niessung und das Eigenthum nicht vollständig erhalten?
8. Oder wann die Kinder erster Ehe einwilligen, daß die Eltern sich wieder verheyrathen können?
9. Ob nicht die verwittibte Mutter oder An-Frau das Eigenthum verliehre, wann sie dem Sohn keinen Vormunder bestellt hat, oder sie selbst die Vormundschafft nicht versehen hat?
10. Was Rechtens, wann die Mutter selbst minderjährig gewesen, ob sie von der Pœn nicht begehrten Vormunders enthebt werde?
11. Ob nicht der Mutter oder An-Frau um einen Vormunder zu begehren ein Jahr zugelassen werde?
12. Ob gleiche Straff seye, wann die Mutter oder An-Frau unterlassen hat, für den Minderjährigen Sohn einen Vorsorger zu begehrn?
13. In dem Fall, wo die Vormundschafft dem Sohn mehr schadt als nutzet, ob die Mutter, die einen Vormunder zu begehrn unterlassen hat, von der Straff entschuldiget werde?
14. Was sonst noch für Entschuldigungen seyen, daß die Mutter keinen Vormunder begehrt, als die Kranckheit, Abwesenheit, Pest &c.?
15. Weil die Mutter so sich wieder verheyrathet, die Vormundschafft verliehrt, ob sie in dise Straff verfalle, wann sie dem Sohn um andere Vormunder nicht umsieht?
16. Wann die Mutter unzüchtig lebt, ob sie auch von der Erbschafft des Sohns, was das Eigenthum betrifft *in bonis profectitiis* ausgeschlossen werde?
17 Ob die wieder verheyrathe Mutter das Eigenthum nur wiederrufflich, und unter der *condition* verliehre, wann keine Kinder erster Ehe sie überleben?

In disem Art. werden 3. besondere Puncten enthalten, in welchen das denen Eltern und Ascendenten in den Güthern ihrer Kinder gestattete Erb-Recht mercklich eingeschränckt wird, von jedem werden wir kürtzlich reden.

1. Der erste ist das Schreitten zu weiterer Ehe, dann wann, sagt der Art. die Mutter oder An-Frau ihre Kinder, oder Enckle, mit anderen des verstorbnen Brüdern oder Schwesteren, oder deren Kinderen erben will, sich aber vor oder nach des verstorbnen Sohns oder Enckels Todt wiederum verheyrathet hat, so verbleibt ihr die blosse Nutz-Niessung der beweglichen oder unbeweglichen Güther, welche Vatter Seits dem Verstorbnen zu gekommen, und nach dem Todt der Mutter, oder der An-Frau solche Güther, so Vatter Seits hergekommen, fallen wiederum des verstorbnen zweybandigen Brüdern und Schwestern, oder ihren zu, und kommen denen Kindern nicht zu, welche solche Mutter aus der weitern Ehe gebohrn hat. Dise Verordnung kommt über eins mit dem gemeinen Recht, weilen aber Iustinianus in keiner anderen Materi mehrers, als absonderlich beym erben ab intestato zweifelhafftig, und unbeständig gewesen, deßwegen, damit der geneigte Leser in keine Verwirrung verfalle, so wollen wir nicht alle unter sich widrige Gesatz anführen, absonderlich, weil unter den Rechts-Gelehrten strittig ist, welches Gesatz unter solchen das erstere oder letztere gewesen, wie bey jenen zu sehen ist, welche über die Novell. 2. sine die & consull, und Novell. 22. schreiben, wir werden bey den Worten un- unsers Art. verbleiben.

Und sagen 1. daß unser Text zu An- 2.
fang des Art. von der Mutter und An-Frau als Weiblicher Personen rede, wegen welchen hauptsächlich dise Straff eingeführt

geführt worden, dann in der wieder verheyrathen Mutter wird keine Treu in die Kinder erster Ehe mehr præsumirt, weilen allzeit darfür gehalten wird, daß sie grössere Lieb auf den anderen Ehe-Mann trage, als auf ihr eignes Bluth, das ist, auf die Kinder erster Ehe, und je mehr der An-Frau Concupiscenz ungewohnlicher ist, um so mehr widerstrebt sie denen Gesatzen. Und obwohlen gewiß ist, daß die Pœnæ secundarum nuptiarum dem Geistlichen Recht nach aufgehoben worden, so ist doch solches allein zu verstehen, in so weit selbe abziehlen zum Haß der wieder Heyrathenden, nicht so weit selbe abziehlen zu Favor der Kinder erster Ehe; Wie gemeiniglich alle Civilisten und Canonisten bekennen. Gewiß, es wird præsumirt, daß die An-Frau nicht minder in der Lieb gegen den zweyten Mann zu Præjudiz ihrer Encklen, als die Mutter zu Præjudiz ihrer Kinder vernarrt seye, weil die Enckle um einen Grad weiter seynd, u. also je weiter die Lieb absteigt, je mehr selbe erkaltet; Andere bringen andere Ursachen bey, uns ist genug das geschriebne Gesatz, weil in der Erbschaffts-Materi ab intestato meistens die Ursachen schwach seynd.

3. Und obwohlen vor Altem de jure codiciis ein Unterschied gemacht worden, ob die Mutter und An-Frau vor oder nach dem Todt des Sohns, oder des Enckels sich wider verheyrathet habe, wie zu sehen in L. 3. Cod. de secund. nupt. Krafft welchen wann die Mutter oder An-Frau vor des Sohns oder des Enckels Todt sich wieder verheyrat hat, hat sie denselben ab intestato mit sammt denen übrigen Kindern und Encklen erben können, das ist, nicht des Verstorbnen Brüder oder Schwestern, nicht doch in dem Eigenthum, sonder allein in der Nutz-Niessung. Wann aber die Mutter oder An-Frau nach dem Todt des Sohns, oder Enckels zur anderen Ehe schreittet alsdann ist der Unterschied gemacht worden, unter den Güthern, also daß die Mutter oder An-Frau in den sonst erworbnen Güthern des Sohns, oder Enckels, das ist, in bonis adventitiis, dem Sohn mit vollständigen Recht erbete, aber in bonis profectitiis, das ist, welche vom Vatter oder An-Herrn, herkommen, sie allein die Nutz-Niessung hätte, das Eigenthum aber denen Kinderen erster Ehe verbleibete L. mater 5. Cod. ad S. C. Tertull. so ist doch diser Unterschied aufgehoben worden, in Novell. 2. §. 2. & in auth. ex Testamento Cod. de secund. nupt. welches der Kayser Justinianus nachgehends wieder corrigirt hat, und endlich wieder in Novell. 22. neuerlich wiederruffen hat, also daß er bey den Rechts-Gelehrten für einen, wanckelmüthigen Gesatz-Geber gehalten worden. Ohngeachtet des gemeinen Rechts sagen wir, daß nach unsern Land-Recht kein Unterschied zu machen, man mag vor oder nach des Sohns oder Enckels Todt zur anderen Ehe geschritten seyn, wohl aber inter bona adventitia & profectitia des Verstorbnen, also daß die wieder verheyrathe Ehe-Frau oder An-Frau zwar in beyden erbe, aber in den bonis profectitiis nur nutznießlich, in den sonst erworbnen Güthern aber auch eigenthumlich.

Man wird sagen, wir haben oben bey dem 4. Art. gesagt, daß jener Unterschied unter den Güthern, welche von ein oder anderer Lini herkommen, und profectitia oder adventitia genennt werden, welcher Unterschied in der alten Reformation von Anno 1588. enthalten ware, durch unsere Bayerische neue Recht aufgehoben worden. Und wir antworten, diß seye wahr bey anderen Eltern und Ascendenten, welche ihre Kinder ab intestato erben, nicht aber bey dopplet Verheyrathen, ja eben dises, daß bey denen wieder Verheyrathen der Unterschied der Güther wiederum ausdrucklich eingeführt worden, ist ein handgreiffliches Zeichen, daß die Verordnung der alten Reformation zernichtet worden, dann wann der Unterschied unter den Güthern, welche von ein oder anderer Lini herkommen, insgemein beobachtet werden müsse, was wäre nöthig gewesen, wegen denen wieder Verheyrathen etwas besonders zu verordnen. Wir haben also bey dem 4. Art. gantz Recht gesagt, daß die Eltern ihre Kinder in allen Güthern, sie mögen herkommen, wo sie wollen ohne Unterschied unverscheidentlich, wie der Text sagt, erben. 4.

Wir sagen 2. obwohlen kein Gesatz gefunden wird, welches dise Straff, so denen sich wieder verheyrathen Weibern geschöpft worden, auch auf den Vatter oder An-Herrn erstreckt, so wird doch diß auch in unsern Art. ausdrucklich auf den Vatter und An-Herrn extendirt, u. gantz recht Aus Ursach, weil der Vatter und An-Herr, nicht minder als die Mutter und An-Frau darfür gehalten werden, daß sie wegen Stieff-Mütterlicher Schmeichlerey ihrer Kinder vergessen, und von Vätterlicher oder An-Herrlicher Lieb und Affection leichtlich abgewendet werden können. L. 3. ff. de inoff. test. weil die neu Verheyrathe tausend List haben, ihre Männer mit ihren Liebkosungen zum Præjudiz der Kinder einzuführen. Es ist an sich selbsten klar, daß dise Straff des weitern Verheyrathen deßwegen erfunden worden, damit nicht der Kinder Güther zum Præjudiz der Brüder und Schwestern erster Ehe denen Kinderen zweyter Ehe zu geschoben werden: Nun kan so wohl durch die zweyte Ehe des Vatters geschehen, daß die Mütterliche Güther denen Kinderen anderter Ehe eben so zu geschoben werden, wie durch die Wei-

Weiber, also muß auch dise Straff nicht minder den Vatter, wie die Mutter betreffen.

5. Wir sagen 3. daß zu deme, daß dise Straff Platz habe, nothwendig erfordert werde, daß aus voriger Ehe mehrere Kinder verhanden seyen, mit welchen die Eltern oder Ascendenten einem Verstorbnen mit denen hinterlaßnen Brüder oder Schwestern vorbesagter massen zugleich nicht ein ander erben, dann, wann man setzt, daß aus erster Ehe allein jener Sohn im Leben gewesen, welcher gestorben ist, also daß keine zweybandige Brüder oder Schwestern verhanden, sonder entweders der Vatter oder die Mutter allein erbt, alsdann thut der überlebende Vatter oder Mutter in allen Vätterlichen und Mütterlichen Güthern, sie mögen herkommen, wo sie wollen, mit völligen Recht sowohl an Eigenthum, als an der Nutz-Niessung, wann schon im Leben des Sohns der Vatter oder Mutter zur anderen Ehe geschritten, ab intestato erben. L. 3. §. fin. Cod. de secund. nupt. Forster lib. 9. cap. 12. n. 2. & seq. Villalob. comm. opin. lit. P. n. 19. Manz. tit. 5. §. fin. de concurs. frat. cum ascend. n. 100. Die Ursach ist an sich selbsten klar, weil dise Straff des weitern Verheyrathen eingeführt worden zu Favor der Kinder erster Ehe, wo also keine Kinder verhanden seynd, so muß auch weichen das wegen ihnen eingeführte Privil. Doch ist zu lesen die nachfolgende 1. quæst.

Eben diß ist zu sagen, wann man setzt, daß mehrere Kinder aus erster Ehe gebohrn, aber eins nach dem anderen gestorben seye, weil durch den Todt derselben jenes erlöscht, was zu ihren Favor eingeführt worden. Dann es ist eins, daß einer allein gebohrn und gestorben seye, oder mehrere, zu mahlen der Favor in einem sowohl als in mehrern ausgelöscht werden kan.

6. Was ist aber Rechtens, wann zum Exempel 4. Sohn gewesen, welche nach verstorbnen Vatter mit der Mutter 4000. fl. erben, hernach stirbt einer aus den Söhnen, welchen die Mutter und die 3. zweybandige Brüder ab intestato erben, alsdann, wann er nichts anderes in Vermögen hat, als was er aus Vätterlicher Erbschafft bekommen hat, so zieht die Mutter mit denen 3. zweybandigen Brüderen von denen 4000. fl. den 4ten Theil, wie wir gesagt haben, nutznießlich, und nicht eigenthumlich Aber in disem bestehet die weitere Frag, wann nachgehends auch der ander, und endlich der dritte aus den Kinderen stirbt, also daß der 4te allein mit der Mutter lebt, ob wohl die Mutter in der That aller Kinder erbliche Portion nur nutznießlich erlange? Die Ursach zu zweifflen ist, weil nachdem die Vätterliche Güther denen Kinderen zu gefallen, solche ihr Eigenthum worden; so offt also eines aus den Kinderen gestorben, so ist der denen übrigen Brüderen zugefallen Theil nicht mehr ein Vätterlich Guth oder Profectitium, sonder ein Brüderliches Guth und Adventitium. Es scheint also nicht, daß die Portionen, welche die Mutter von den Kinderen als aus derselben Eigenthum bekommt, der Restitution unterworffen, sonder mit vollständigen Recht denen Kinderen erst und zweyter Ehe zu fallen, weilen aber auf solche Weiß die so sorgfältig für die Kinder erster Ehe erdenckte Straff der weitern Verheyrathung umgestossen wurde, so vermeynen wir, daß alle Vätterliche Güther, welche durch Erbung der Kinder der Mutter ab intestato zu fallen, der Restitution unterworffen seyen. Die Sach ist obscur, wir wollen sie aber durch ein Exempel klärer machen, setze also, daß der Titius 4. Höf hinterlassen, und 4. Söhn, ein jeder Sohn erbt also einen Hof, der ältere stirbt, und dessen Hof fallt denen 3. Brüderen, und der Mutter zu gleichen Theilen zur, also daß auch der Mutter der 4te Theil des Hofs gebührt, aber nur nutznießlich, nachgehends stirbt, der andere Sohn von dessen Hof, weil nun noch zwey Brüder verhanden, die Mutter ein Drittel erbt, und solches zwar auch nicht anderst, als nutznießlich, weilen er aber aus der Erbschafft seines zu erst verstorbnen Bruders schon zu vor auch ein Viertel von dessen Hof geerbt hat, welches Viertel unter die zwey lebende zweybandige Brüder, und die Mutter wiederum in 3. Theil zu vertheilen ist; So ist die Frag, ob dises Viertel für ein Adventitium oder Profectitium zu halten seye, und also, ob die Mutter ihren Theil denen Kinderen anderter Ehe zu schieben könne oder nicht? Und wir vermeynen, es seye mit Nein zu antworten, damit nicht jenes, was zu Favor der Kinder erster Ehe verordnet worden, ihnen zu Schaden gereiche. Dann anfänglich seynd dise Höf ein Vätterliches Guth gewesen, es ist auch denen Ascendenten anderst nicht das Erben mit zwey bandigen Brüdern und Schwestern zugelassen worden, als daß die vom Vatter herkommende Güther denen Kinderen erster Ehe verbleiben sollen, wann eines aus den Eltern zur anderen Ehe schreittet, welche Freyheit denen Kinderen indirectè nicht zu benehmen ist, obwohlen diser Casus in der That sehr zweiffelhafftig ist. 7.

Wir sagen 4. daß zu dem, daß die Kinder erster Ehe die Eltern verhinderen können, daß sie mit denen zweybandigen Brüder und Schwestern in des verstorbnen Sohns bonis profectitiis mit vollständigen Recht nicht erben können, erfordert werde, daß die zweybandige Brüder und Schwestern fähig seyen Gut haben zu können. Aus Ursach, weil die Unfähige, dergleichen seynd die Deportirte, oder die in ein Bettel Closter gegangen, für todt gehalten werden, und folglich die Eltern an Erhaltung des Eigenthums und der Nutz-Niessung nicht hinderen. Forster. loc. cit. n. 7.

Wir sagen 5. obwohlen in nachfolgenden Art. gesagt wird, daß die Kinder erster 8.

Ehe

Ehe einwilligen können, daß sich die Eltern wieder verheyrathen mögen, also daß sie mit des verstorbnen zweybandigen Brüderen und Schwesteren in allen Güthern, wo sie immer herkommen, vollständig erben, und des Eigenthums in bonis profectitiis nicht beraubt werden, so hat doch dises nicht Platz, wann nicht die Kinder selbst, sonder die Eltern unter ihnen ein ander den Consens zum wiederheyrathen gegeben. Zum Exempel, wann der sterbende Mann seinem Weib, oder das Weib dem Mann den Consens sich weiters zu verheyrathen gegeben hat. Aus Ursach, weilen, wie wir schon oben gesagt haben, die Haupt-Ursach dises Privilegii ist der Favor der Kinder erster Ehe. Dahero derselben Consens nöthig ist, und nicht des verstorbenen Ehe-Theils. Gail. 2. obs. 188. n. 18. Mynsing. cent. 5. obs. 24 n. 7. Ant. Perez. n. 18. Cod. de secund. nupt.

9. Wir sagen 6. daß die verwittibte Mutter auch in jenem Casu des Eigenthums beraubt werde, wann sie ihrem noch nicht 14. Jährigen Sohn nach des Vatter Todt keinem Vormunder bestellt, oder für ihn begehrt, noch sie die Vormundschafft versehen hat, dann alsdann, wann der Sohn in solchem jungen Alter stirbt, so verliehrt die verwittibte Mutter in des Sohns vom Vatter herkommenden Güthern das Eigenthum, dise Verordnung kommt über eins mit dem §. sed quemadmodum 4. Inst. de S. C. Tertul. L. 2. §. si mater 23. cum seq. ff. eod. & L. omne 6. Cod. eod. aus Ursach, weilen, da sie ihr obgelegnes Amt in Ubernemmung der Vormundschafft, oder in Begehrung der Vormunder denen Kinderen nicht erwiesen, so hat sie sich deren Erbschafft unwürdig gemacht; Und diß ist in so weit wahr, daß die gemeine Meynung ist, daß die verwittibte Mutter die Unwissenheit nicht entschuldige, welches wir von der ignoratitia juris verstehen, und nicht von der ignorantitia facti. Zum Exempel, wann das Weib sagt, sie habe nicht gewußt, daß ihr obliege Vormunder zu begehren, oder die Vormundschafft auf sich zu nemmen, dann, weil diß eine ignorantitia juris ist, so verdient sie keine Endschuldigung, ein anderes ist, wann der Vatter in seinem Testament, einen Vormunder aber unnutzlich gegeben hat, weil villeicht solcher kein Vormunder hat seyn können, und dise Hindernuß der verwittibten Mutter unbekannt gewesen, dann dise ignorantitia facti, thut unsers Erachtens die Mutter von Erbschafft des Eigenthums nicht ausschliessen. Manz de sucascend. tit. 4. §. 4. n. 58. Wo er mehrers zu diser Materi nutzliche Sachen zusammen setzt, welches wir in kurtzen Begriff beybringen wollen. Das erste ist, daß dise Verordnung nicht allein zu verstehen seye von der Mutter, sonder auch von der An-Frau, wann man setzt, daß nach verstorbner Mutter das Erb-Recht der An-Frau zu falle, es mag solche An-Frau Vatter oder Mutter Seits seyn, weil die Ursach gleich ist. Dann wann sie die Hoffnung zu erben in des Pupillen Güthern hat, so muß sie auch die Bürde der Vormundschafft haben, oder muß einen Vormunder begehrn, dann sonsten, wann sie vernachlässiget, was ihr obliegt, thut sie auch ihren Nutzen vernachlässigen, welcher daraus entstehet. Gabr. comm. conclus. lib. 6. de tut. conclus. 1. n. 3. cum mult. seq. Menoch. lib. 6. præs. 98. n. 1. Forster lib. 7. cap. 16. n. 11. Zweytens wird die verwittibte Mut- 10.
ter entschuldiget, wann sie selbst noch minderjährig gewesen, dann weil sie selbst nach des Manns Todt einen Vormunder oder Pfleger braucht, und keine Vormunderin seyn kan, so ist ihr billig nach zu sehen, wann wann sie wegen Besorgung der Vormundschafft des Sohns nachlässig gewesen. Wann man sagt, obwohl sie selbst kein Vormunderin seyn kan, so kan sie doch Vormunder begehren, wird also nicht entschuldiget, wann sie diß vernachlässiget hat. So antworten wir, daß ein solch Frau Jugend halber entschuldiget werde, weil sonsten sie die Restitution in integrum hat, wann sie wegen ihrer Jugend in einen Schaden verfallet, und diß ist die Ursach, daß die Straff derjenigen, so keinen Vormunder begehrt, in L. 2. Cod. si advers. delict. nur die vogtbare Weiber betreffe. Seynd Wort; Obwohlen bekannt ist, daß in delictis keinen die Jugend entschuldige, es gezihmt sich doch nicht, daß der Mutter, welche für ihre Kinder Jugend halber keinen Vormunder begehrt hat, das Recht die Kinder zu erben benommen werden könne, weil diß allein bey denen vogtbahren Mütteren Platz hat. Wo Salicetus sagt, daß eine Minderjährige, die keinen Vormunder begehrt für ihren noch nicht 14. Jährigen Sohn, von Rechtswegen Schad-loß gehalten werde, auch ihr die Erbschafft nicht benommen werden könne. Forster loc. cit. n. 5. Vivius. comm. opin. verb. mulier ad secund. n. 6. Boër. decis. 185. n. 28.

Drittens doch wird der verwittibten 11.
Mutter zu Begehrung eines Vormunders (oder was eins ist, zu Antrettung der Vormundschafft) Zeit eines Jahrs zu gelassen; Dann obwohlen der Text in L. 2. §. si mater. 23. & §. confestim 43. sagt, daß also gleich ein Vormunder zu begehren seye, das ist, so bald man vor den Richter kommen kan, so thut doch der §. 43. diß weiters auslegen, daß die Verweilung über das Jahr sich nicht erstrecken solle, welches gewiß in unsern Vatterland noch vil weniger zu überschreitten ist, weilen man bey den höhern Gerichten schier alle Tag, und bey denen niederen Gerichten monathlich vor den Richter kommen kan. Kirchov. cent. 5. conclus. 54. Marant, in L. 15. protest. n. 219. Vivius loco cit. n. 4.

Und obwohlen 4. dem gemeinen Recht 12.

Dise Straff allein dem verwittibten Weib angethan wird, wann sie dem noch nicht 14. Jährigen Sohn keinen Vormunder begehrt, und dessen Vormundschafft vernachlässiget hat, weil ein erwachsener und Minderjähriger ihm selbsten einen Vormunder begehrn kan, so scheint doch, daß in unserm Art. strittig seye, ob nicht auch eben diß zu verstehen seye von der verwittibten Mutter, welche dem minderjährigen Sohn keinen Pfleger begehrt hat, weil in unsern Bayerischen Statuten dise beyde Schuldigkeit gleich zu seyn scheinet, weil der verwittibten Mutter sowohl die Vormundschafft als die Pflegschafft obliegt, und der Art. nicht ohne Geheimnuß sagt, daß die verwittibte Mutter das Eigenthum am Söhnlichen Erb verliehre, wañ der Sohn vor 21. Jahren stirbt. Dann es wird præsupponirt, daß der verwittibten Mutter nicht allein die Sorg über den Pupillen, sonder auch die Sorg des minderjährigen Sohns oblige: Weilen aber die Text in L. 1. ff. qui pet. tut. & L. materi 6. Cod. eod. allein von der Wittib reden, welche dem Pupillen keinen Vormunder begehrt, und unser Art. drey mahlen in specie allein von der Vormundschafft Meldung thut, wann kein Vormunder geordnet worden, 2c. Wann sich die Wittib um ihres Kinds Vormundschafft nicht annimmt, und wann sie keinen zu verordnen begehrt. So vermeynen wir, man müsse bey der Verordnung des gemeinen Rechts verbleiben, und daß dise Straff auf die Wittiben, welche keine Pfleger begehrn, nicht zu erstrecken seye. Es hindert auch nichts, daß hier gesagt werde, daß die Wittib an dem Eigenthum der Erbschaffts-Portion beraubt werde, wann der Sohn vor 21. Jahren verstirbt, weil diß nicht also zu verstehen ist, daß sie auch zur Zeit der Minderjährigkeit Curatores zu begehrn schuldig seye, sonder, daß die Straff durch die Majorennität des Sohns ausgelöscht werde, weilen der vogtbar wordene Sohn ihm selbsten wachen, und wann er die Mutter für eine Erbin nicht haben will, ihme um einen anderen Erben durch letzten Willen umsehen

13. kan. 5. Wird eine Wittib von diser Strafft entschuldiget, wann sie dem armen Sohn, der zu zahlen nicht im Stand ist, keinen Vormunder begehrt hat. Aus Ursach, weilen ihm mehrers geholffen ist, wann er keinen Vormunder hat, damit er desto weniger beunruhiget werde. L. 2. §. tractari 44. & §. ego 45. ff. ad S. C. Tertul. Mit einem Wort, so offt dem Pupillen daran gelegen ist, keinen Vormunder zu haben, so liegt der Mutter ob keinen zu begehren. Zum Exempel, wann ihm ein fettes Legat vermacht wird, in dem Ende, daß er keinen Vormunder haben soll. Die Ursach ist, weil diß zu Favor des Sohns eingeführt worden, daß die Mutter dessen Vormundschafft haben soll, wann also die Vormundschafft mehr schadt, als nutzt, so wird die Mutter, die keinen Vormunder begehrt, von diser Straff excusirt. Forster. loc. cit. n. 8. & Maranta ad dict. L. 15. potest n. 242. & 247. 6. Ist nothwendig, daß die Mutter taugliche und fähige Vormunder begehre. L. 2. §. non solum. ff. ad S. C. Trebell. Weil eins ist, keinen begehrn, oder einen untauglichen und unfähigen, oder villeicht einen solchen begehrn, der sich von der Vormundschafft entschuldigen kan. dict. L. 2. §. non solid. Morant n. 229. ein gleiches ist 7. Wann die Wittib einen Vormunder unkräfftig begehrt, und keine instanz gemacht hat, daß er des Pupillen Güther besorge, und die Vormundschafft antrette, bestättiget werde, die Güther administrire, und jenes thue, was seinem Amt obliegt. L. 6. Cod. qui pet. tut. Gleichwie auch 8. nicht genug ist, wann die Wittib für den Sohn einen Vormunder begehrt hat aus Antrib der Befreundten, weil sie dises frey aus Mütterlicher Lieb und Zuneigung thun muß. dict. L. 2. §. quid ergò 24. ff. ad S. C. Tertull. Endlich 9. und letztlich 14.
wann nicht die Mutter rechtmäßig verhindert worden, weßwegen weder sie ihres Sohns Vormundschafft über sich nehmen, noch für ihne einen Vormunder hat begehren können. Weil villeicht sie abwesend gewesen, und beym Richter nicht hat erscheinen können, oder wann sie hat erscheinen können, zu selben wegen Kranckheit, Pest, oder anderer rechtmäßsigen Ursach halber nicht hat kommen können und was dergleichen gerechte Entschuldigungen mehr seynd, welche in Ermässigung des Richters stehen.

Diß doch ist zu mercken, daß, wann die 15.
Mutter zur anderen Ehe schreittet, welche zuvor ihres Sohns Vormundschafft versehen hat, sie vor ihrer weiteren Verheyrathung über die Vormundschafft Rechnungen geben, den Rest erlegen, und für ihren Sohn andere Vormunder begehrn müsse. Aus Ursach, weilen sie nach beschehner weiteren Verheyrathung kein Vormunderin mehr seyn kan, verfallt also in dise Straff, wann sie vor der weitern Verheyrathung die Vormundschafft nicht in richtigen Stand setzt. Krafft des Text in L. omnem 6. Cod. ad S. C. Tertul. auth. ejusdem pœnis Cod. de secund. nupt. Forst. loc. cit. n. 14. Marant. in L. 15. potest. n. 252.

Wir sagen 7. daß nicht allein die Mut- 16.
ter von dem Erb des Sohns, was das Eigenthum betrifft, in denen vom Vatter herkommenden bonis profectitiis ausgeschlossen werde, wann auf solche Weiß, wie wir gesagt haben, sie sich zur anderen Ehe begiebt sonder auch, wann sie unkeusch lebt, dann obwohlen das unkeusche Leben die Arth nicht ist einen am Recht zu erben zu berauben, also daß der Vatter auch eine infame Mutter in der Erbschafft des Sohns nicht ausschliest. dict. L. 2. §. 6 mulier. 4. ff. ad S. C. Tertul. nichts desto weniger doch, weil ein unkeusches

Weib

Weib nicht minder præsumirt wird, daß sie alles ihren Liebhabern vor dem Sohn anhencke, so thut unser Art. gantz recht solchem unkeuschen Weib die Erbschafft der vom Vatter herkommenden Güther, was das Eigenthum betreffend abschlagen, als sie zur weitern Ehe geschritten wäre, absonderlich, weilen die Ehr des verstorbenen Manns durch der Wittib unkeusches Leben mehr injurirt wird, als durch ihre weitere Verheyrathung.

17. Man wird fragen, ob die Mutter, so zur weiteren Ehe geschritten, das Eigenthum von jenem, was aus den Vätterlichen Güthern ihr durch Erbnahm der Kinder zu fallet, ohnwiderrufflich verliehre? Zum Exempel, eine Wittib hat aus erster Ehe zwey Söhn gebohren, denen alle Vätterliche Güther zugefallen: Die Wittib schreittet zur anderen Ehe, wodurch sie ja in dise Straff verfallt, daß sie das Eigenthum verliehrt, wann sich ergibt, daß ein Sohn stirbt, und sie disen mit dem anderen Sohn, als des Verstorbnen zweybändiger Bruder erbet; Und diß ist an sich selbst klar, und unserm Art. conform. Aber was ist Rechtens, wann beyde Söhn sterben: Da ist die Frag, ob wegen der zweiten Ehe die Mutter das Eigenthum also unwiderrufflich verlohren habe, daß solche der Mutter nicht mihr zuruck, sondern denen nächsten Seiten Freunden Vatter Seits zufalle? Oder was eins ist, setze, daß aus erster Ehe ein eintziger Sohn hinterlassen worden, welcher anscheint, daß er durch der Mutter zweite Verheyrathung das Recht erworben habe, seine Erbschafft auf die Bluts Freund Vatter Seits überschieben zu können, weil die Mutter, da sie zur anderen Ehe schreittet, ihm und seinem Vatter eine Injuri angethan, und dahero von Rechtswegen sie an dem Eigenthum beraubt werde. Dessen doch ohneracht, haben wir schon oben n. 5. geantwortet, daß, nachdeme alle Kinder erster Ehe verstorben seynd, die wieder verheyrathe Mutter mit vollständigen Recht erbe, weil dise Straff hauptsächlich zu Favor der Kinder erster Ehe eingeführt worden, daß folglich die Mutter das Eigenthum nicht verliehre durch die zweite Ehe unwiderrufflich, sonder allein unter Condition, wann nach der zweiten Ehe keine Kinder erster Ehe mehr verhanden. Wir haben dises durch ein besondere Frag ausführen wollen, weil unter den Rechts-Gelehrten ein grosser Stritt ist, ob nicht der Verlurst des Eigenthums auch zu Favor der Bluts-Freund des vorverstorbnen Vatters ohnwiderrufflich und beständig seye? Weilen aber in L. fœminæ §. illud. Cod. de secund. nupt. auth. ex testamento Cod. eod. & in auth. de non elig. secun. nub. §. optimum dem gemeinen Recht nach das Widerspiel klar verordnet ist, und unser Art. etwas widriges in sich nicht begreifft, so vermeynen wir, daß man bey diser Meynung beharren müsse. Aus Ursach, weil gar zu hart und unvernünfftig wäre, die Mutter von der Erbschafft der Kinder abzutreiben, wann sie ohne Kinder oder Encklen sterben, damit einige aus denen Befreundten Vatter Seits das Erb zieheten. Pulchre dict. §. optimum. de non elig. secund. nubent. Es wäre also in disem Casu die Mutter umsonst eine Gebährerin und Ernährerin gewesen, wann sie wegen rechtmässigen Schanckungen denen Straffen unterworffen wäre, nicht zu Favor der Kinder erster Ehe, wann dise nicht verhanden, sonder zu Favor der villeicht weitschichtigen Befreundten. Uber disen Sentenz ist zu lesen Gail. 2. obs. 89. n. 1. Gabr. lib. 3. de secund. nupt. conclus. 3. n. 29. Boër. decis. 185. n. 17. Forster de success. ab intest. lib. 3. tit. casus in quibus &c. casu 1. declar. 1. Mynsing. observ. 24. n. 1. cent. 3. Faber. in Cod. de secund. nupt. defin. 16. Wo er einen merckwürdigen Casum anführt, daß, wann zum Exempel aus erster Ehe 4. Kinder im Leben gewesen, wovon zwey gestorben, und deren Erbschafft die Mutter, und der dritte unter einander getheilt haben, der überlebende dritte Sohn nicht berechtiget seye, im Leben der Mutter über die ihr von denen verstorbnen Brüdern mit Verlurst des Eigenthums zugefallene Portionen etwas zu disponiren; Aus Ursach, weil die Mutter das Dominium nicht unwiderrufflich, sonder nur unter Condition verliehrt, wann keine Kinder erster Ehe sie überleben. Lese auch den Schneidew. Inst. de hæred. ab intestato n. 32. wo er in specie disen Casum hat, daß, wann die wieder verheyrathe Mutter aus erster Ehe nur einen Sohn hat, welchem alle Vätterliche Güther zufallen, sie ein vollständige Erbin seye, wann der Sohn vor seiner Mutter ab intestato stirbt, welches ja merckwürdig ist.

Der sechstte Articul.

Erstlich, wie im vorgehenden Articul aus zu vernemmen, wann die Kinder oder Enicklen ein Guth gehabt, welches ihnen nicht von Vätterlichen oder Mütterlichen Seiten, sonder in andern Weegen zugestanden, solches erben deren Elteren völlig, sie greiffen zu der weitern Ehe, oder nicht. Zum andern wann das Kind oder Enickel allein gewesen, und kein Geschwistergit, oder Geschwistergit Kind, von beyden Banden, mehr verhanden gewesen wäre. Drittens, wann die Geschwistergit von beyden Banden, oder derselben Kind, vor dem Vatter oder Mutter, An-Herrn, oder An-Frauen, alle wären Tods verschiden.

Viertens, wann ein Sohn, in einen Bettel-Orden, der auch in Gemein kein Eigenthum haben kan, als da seyn Cappuziner, und Parfuesser-Orden, hätte Profess gethan.

Fünfftens, so ein Kind oder Enckel in den Heyrath ausdruckentlich verwilliget, mit offenbahrer Vermeldung, der solchen Heyraths halben, ihr Vatter oder Mutter an der Erbschafft ihrer Kinder, oder Enicklen, am Eigenthum so wohl als der Nutz-Niessung nichts verliehren soll. Hätte aber ein Tochter sich gleichwol Vätterlicher oder Mütterlicher Erbschafft verziehen, so ist es doch kein Ursach, daß ein Vatter oder Mutter, An-Herr oder An-Frau, wann sie sich wieder verheyrathen, das Eigenthum indeme, was sie von einem verstorbenen Kind, oder Enickel gehörter massen geerbet, behalten mög, sonder ein solche verziehne Tochter, sie sey allein, oder neben anderen unverziehnen oder verziehnen Geschwistergiten, hat an deme, was der Vatter oder Mutter, An-Herr oder An-Frau, wegen ihres weitern Heyraths, den Kindern erster Ehe, an Eigenthum wider müssen zu stehen lassen, das zu suchen, als wann sie nicht verzigen wäre.

Summaria.

1. Ob die wieder verheyrathe Mutter allein an dem Eigenthum an der Kinder Vätterlichen Güthern beraubt werde, nicht aber auch an anderen sonst erworbnen Güthern?
2. Wann keine Kinder erster Ehe mehr verhanden, oder wann solche verhand[en], aber Güther zu haben unfähig seynd, ob solch Beraubungs-Recht auslösche?
3. Ob die Beraubung des Eigenthums könne nachgesehen werden, wann die Kinder in die weitere Verehelichung einwilliget, und ob ein *special Consens* erfordert werde? Oder ob der stillschweigende genug seye?
4. Ob die wider verheyrathe Mutter den verstorbnen Sohn erbe mit der verziehnen Tochter mit vollständigen Recht, oder nur Nutz-Niesslich?
5. Was Rechtens, wann noch Brüder verhanden, und die Schwester sich nicht allein der Vätterlichen und Mütterlichen, sonder auch Brüderlichen Erbschafft verziehen hat, ob sie zu solcher Eigenthumlichkeit in der Mutter *Portion* zugelassen werde?

Wir haben im vorgehenden Art. gesagt, daß die wieder verheyrathe Eltern Mannlichen und Weiblichen Geschlechts das Eigenthum dessen verliehren, was aus den Güthern des anderen Ehe-Theils denen Kindern, und durch deren Absterben dem wider verheyrathen Ehe-Theil zugefallen. Jetzt in disem Art. werden einige Aus-
1. nahm von bemelter Regul gesetzt, deren der erste ist, wie wir schon ausgelegt haben, wann die Kinder bona adventitia, oder sonst erworbne Güther haben, welche ihnen weder von Vätterlichen noch von der Mütterlichen Lini zugekommen. Aus Ursach, weilen die Beraubung des Eigenthums allein zu Favor der Kinder erster Ehe eingeführt worden, damit nicht die Güther meiner Verwandschafft in eine fremde Famili verfallen. Dann es ist an sich selbsten klar, daß die Beraubung des Eigenthums auf andere Güther

ther, bey welchen das Privations-Recht nicht Platz hat, nicht extendirt werden soll, dergleichen seynd, welche die Kinder durch eignen Fleiß erwerben. Dann in disen erbt der wieder verheyrathe Ehe-Theil mit des Verstorbnen zweybandigen Brüderen und Schwestern mit vollständigen Recht.

2. Die andere Exception ist, welche wir auch in vorgehenden Art. schon sattsam ausgeführt haben, wann nemlich aus erster Ehe nur ein Sohn oder Tochter verhanden seynd, welchen das Eigenthum der wieder verheyrathen Ehe-Theils zufallen könnte, so ist ja die Mutter allein in allem Erb.

Die 3. Exceptio ist, wann zwar mehrere Kinder verhanden gewesen, aber alle vor dem wieder verheyrathen Ehe-Theil verstorben seynd. Wegen gleicher Ursach, weil, wann die Privations-Ursach erloschen, auch die Beraubung selbst erlöscht, und das Eigenthum nicht zuruck fallen kan, wann niemand verhanden, dem solches zufallen mag.

Die 4. Exceptio ist, wann zwar Kinder verhanden, die aber Güther zu besitzen unfähig seynd, wie wir in vorigen Art. von denen Deportirten, und denen, welche in ein insgemein Güther zuhaben unfähiges Closter gehen, gesagt haben. Disen ist auch Krafft der Novell. 22. cap. 21. bey zu setzen, ein undanckbarer und enterbter Sohn: Dann wann einer zwey Söhn hinterlaßt, einen undanckbaren und enterbten, und den anderen wohl gesitteten und gehorsammen, so erbt der weiters verheyrathete Ehe-Theil den wohl gesitteten Sohn mit vollständigen Recht, weil der andere undanckbare, und enterbte Sohn für todt gehalten wird, als wann er nicht mehr verhanden wäre, deme das Eigenthum nicht zufallen kan.

3. Die 5. Exceptio ist, welche auch schon oben angeführt worden, wann die Kinder in der Eltern weitere Verheyrathung einwilligen. Es ist aber nicht genug bloß einwilligen, sonder es wird ausdrucklich erfordert, daß solche Einwilligung mit der sonderheitlichen Contestation geschehe, daß der wieder verheyrathe Ehe-Theil wegen der anderen Ehe so wohl am Eigenthum, als an der Nutz-Niessung nichts verliehren soll. Aus Ursach, weil der blosse Consens der Kinder von darummen nichts nutzet, weil sie durch das nicht einwilligen die Ehe nicht verhinderen können. Und dahero, obwohlen die D. D. wollen, daß dise Straff von denen Kinderen nachgelassen werden könne, so wohl anfänglich, da sie ausdrucklich einwilligen, als nachgehends, wann sie die weitere Ehe bequehmigen, weil die Bequehmigung zuruck gezogen, und dem Consens, und Gewalt gleich gehalten wird. Gail. 2. obs. 98. n. 19. Myns. cent. 5. obs. 24. n. 8. Forster cap. 13. also der Vivius. com. opin. verb. mulier ad secundas nuptias n. 11. & L. V. verb. uxor perdit. vermeynt genug zu seyn, wann die Kinder ihren Willen mit Worten und That, ausdrucklich oder stillschweigend erklären. Zum Exempel, wann sie sich wegen der weiteren Ehe nicht beschwehren, so thut doch Perez ad tit. Cod. de secund. nupt. n. 18. gantz recht darfür halten, daß die Kinder ihnen durch den blossen Consens nicht præjudiciren an dem Gewinn, welchen ihnen das Gesatz zu schiebt, weil ein anders ist, in die Ehe einwilligen, welche sie nicht verhinderen können, und ein anderes den vom Gesatz zugeschobnen Gewinn nachlassen. Und diser Meynung stimmt bey unser Art. welcher klar verordnet, daß wann diß nicht klar geschehen ist, daß der wieder verheyrathe Ehe-Theil nichts an dem Eigenthum und Nutz-Niessung verliehrn soll, nichtsdestoweniger die in das Wiederheyrathen eingewilligte Söhn den vom Gesatz eingeraumten Gewinn erben; Hierzu dienet der Text in L. quæ dotis ff. solut. matrim & in L. 39. ff. de pign. act. wo gesagt wird, daß ihme keiner præjudicire, wann einer einem Act nicht widerspricht, welcher wider seinen Willen für sich gehen kan.

Es scheint die 6. Exception zu seyn, wann eine Tochter sich der Vätterlichen und Mütterlichen Erbschafft verzichen hat; Aus Ursach weilen anscheint, sie seye für todt zu halten, oder daß sie zum Erben unfähig seye, aber das Widerspiel verordnet unser Art. daß eine verzichne Tochter in dergleichen vom Gesatz zugeschobnen Gewinn erbe; Zum Exempel, einer hat zwey Kinder hinterlassen, einen Sohn, und eine Tochter, die Tochter hat sich vor des Vatters Todt der Vätterlichen Erbschafft, nachdem sie ein standmässiges Heyrath-Guth empfangen, zu Favor des Bruders begeben; Nachgehends stirbt der Bruder. Jetzt ist die Frag ob die wieder verheyrathe Mutter mit der verzichnen Tochter des verstorbnen Sohns Erbschafft mit vollständigen Recht erbe, oder ob sie ihr Erbschafftliche Portion dem Eigenthum nach der verzichnen Tochter aufbehalten müsse? Und unser Art. antwortet auf das letztere mit Ja; Die Ursach ist an sich selbsten klar, weil die 4.

Ver-

Verzicht der Tochter zu Favor des Bruders geschehen ist, nachdem aber der Bruder gestorben, so ist der Favor der Verzicht erloschen, und also die Tochter fähig aller der vom Gesatz gegeben Gewinn, welche ihr durch des Bruders Tod zufallen. Welcher Casus zwar an sich selbst klar genug und leicht ist, wann man aber setzt, daß einer mehrere Söhn hinterlassen habe, und eine verzichne Tochter mit der wieder verheyrathen Mutter, so ist die Frag, wann einer aus den Söhnen stirbt, und die Mutter mit denen übrigen Kinderen solchen erbt, ob der Mutter erbliche Portion, welche an dem Eigenthum beraubt wird, nichtallein denen noch lebenden Söhnen, sonder auch der verzichnen Tochter gemeinschäfftlich seye? Und es antwortet unser Art. mit Ja, weil die verzichne Tochter, was dise vom Recht zugelassene Gewinn betrifft, darfür gehalten werde, als wann sie niemahls renuntirt hätte. Unsers Erachtens leidet doch dise Resolution eine genauere Durchforschung: Dann vor allem vermeynen wir gewiß zu seyn, daß viles daran liege, ob die Tochter so wohl der Vätterlichen als der Mütterlichen Erbschafft, oder allein der Vätterlichen sich verzichen habe: Item ob sie auch der Vätterlichen Erbschafft zu Favor ihrer Brüder renuntirt habe? Hat sie sich allein der Vätterlichen Erbschafft verzichen, so kam die Resolution unsers Art. Platz haben, dann, was die wieder verheyrathe Mutter durch die andere Ehe verliehrt, und denen Kindern erster Ehe zufallt, das ist kein Theil der Vätterlichen Erbschafft, ist also unter der Verzicht der Tochter nicht begriffen, welche Verzicht der Vätterlichen Erbschafft allein zu Favor der Brüder geschehen ist, hat also billig mit den übrigen Brüdern an solch vom Gesatz zugelassenen Gewinn ihren Theil, welcher wegen der Mutter zweiten Ehe denen Kinderen erster Ehe zuruck fallet.

5. Wann man aber setzt, daß die Tochter sich der Vätterlichen Mütterlichen und Geschwistrigten Erbschafften verzichen habe, wie meistens dergleichen Verzicht zugeschehen pflegen, so können wir kaum glauben, daß nichts destoweniger, ohnerachtet solch allgemeiner Verzicht, sie solcher vom Gesatz gegebner Gewinn fähig seye, absonderlich, wann wir setzen, daß ein Sohn erster Ehe im Leben seye. Zum Exempel, der Vatter hat nach seinem Todt 2. Söhn, und eine verzichne Tochter samt der wieder verheyrathen Mutter hinterlassen. Ein Sohn stirbt; nun wird 1. gefragt, ob in disem Casu die verzichne Tochter mit der Mutter und lebenden Brüder zur Erbschafft des verstorbnen Bruders ab intestato zugelassen werde? Und wir sagen, wann die Tochter sich allein der Vätterlichen Erbschafft verzichen, so werde sie Krafft solcher Verzicht von der Brüderlichen Erbschafft nicht ausgeschlossen, und weilen die Mutter an ihrer Portion das Eigenthum nicht hat, so ist kein Zweiffel, daß nicht sothanes Eigenthum zur Helffte von der Mutter der verzichnen Tochter zufalle, wie unser Art. ausdrucklich mit sich bringt. Wann aber die Verzicht insgemein über die Vätterliche Mütterliche und Brüderliche Erbschafft geschehen, so vermeynen wir, es seye kein Zweiffel, daß nicht ein solch verzichne Tochter den verstorbnen Bruder nicht erben könne, wegen der Verzicht, Krafft welcher sie sich der Brüderlichen Erbschafft zu Favor und Nutzen des lebenden Bruders verzichen hat. Es wird aber 2. gefragt, ob wenigist das Eigenthum, welches die wieder verheyrathe Mutter in ihrer Erbs-Portion des verstorbnen Sohns verliehrt, zur Helffte der verzichnen Tochter zufalle? In disem stehen wir hauptsächlich an, weilen, wegen solch insgemein beschehner Verzicht, sie weder aus Vätterlichen noch Mütterlichen Güthern, noch aus der Geschwistergit Erbschafft etwas haben kan, so lang ein anderer Bruder, in dessen Favor die Verzicht geschehen ist, überlebt.

Man wird widersetzen, daß unser Art. ausdrucklich sage, daß eine verzichne Tochter zu denen in Rechten zugelassenen Gewinn zugelassen werden müsse, sie mag allein übrig seyn, oder es mögen noch andere nicht verzichne Geschwistrig überleben. Wir antworten, daß diß unsers Erachtens allein also zu verstehen seye, wann sie entweders nur der Vätterlichen, oder Mütterlichen Erbschafft sich begeben hat, weil dise Verzicht nicht verhindert, daß ihr nicht der von den Rechten gestattete Gewinn zufalle, welcher ihr wegen Schreittung der Eltern zur anderen Ehe gebührt, wann aber sie auch der Brüderlichen Erbschafft zu Favor des lebenden Bruders verzichen hat, so kommt uns sehr glaublich vor, daß solcher aus Brüderlicher Erbschafft entstehender Gewinn vil mehr dem lebenden Bruder völlig zufalle, als daß er zur Helffte der verzichnen Tochter zufallen solle, man mag solchen Gewinn für ein Mütterlichs, Vätterlichs, oder Brüderlichs Guth halten, so scheint doch, daß die Tochter dessen unfähig seye, so lang der Bruder verhanden, zu dessen Favor insgemein die Verzicht der Vätterlichen, Mütterlichen, und Brüderlichen Erbschafften geschehen ist. Dise Meynung bestättiget unser Articul

wie

welcher die verzichne Tochter dises rechtlichen Gewinns fähig macht, auf zweyfache Arth, sie mag der Vätterlichen oder der Mütterlichen Erbschafft sich verzichen haben, als wolte der Art. gleichsam sagen, wann sie der Vätterlichen Erbschafft sich begeben hat, und der Vatter nach seiner Hauß-Frau Todt zur anderen Ehe schreittet, so verhindert der Tochter Verzicht nicht, daß deßwegen die rechtliche Pœn nicht Platz habe, daß er das Eigenthum dessen, was er von Mütterlichen Lini bekommt, auch der verzichnen Tochter aufbehalten müsse. Item, obwohlen die Tochter sich der Mütterlichen Erbschafft begeben hat, wann jedoch die Mutter nach dem Todt des Vatters zur anderen Ehe schreittet, so verhindert doch solche Verzicht nicht, daß nicht das Eigenthum dessen, was vom Vatter hero ihr zugefallen, der verzichnen Tochter müsse aufbehalten werden. Wann aber mehrere Kinder, und zwar Söhn verhanden, in deren Favor die Tochter renuntirt hat, daß ohneracht solcher zu Favor der Brüder gethanen Verzicht, der von Rechten zugelassne Gewinn der Tochter gebühre, das exprimirt unser Art. so klar nicht, ich wird aber niemand widersprechen, der glathin sagen will, daß dergleichen Gewinn unter keiner, obwohlen allgemeiner Verzicht begriffen seye. vid. Mynſ. cent. 5. obſ. 24. n. 3. Guido pap. decis. 228. Manz de succeſs. tit. §. 5. fin. n. 103.

Der siebende Articul.

In gleiche Meynung hat es mit deme, was ein Ehe-Gemächt von dem andern durch Heyrath-Geding, Testament, Schanckung, oder in ander Weeg bekommen, oder ererbt: Dann da sich dasselb wider verheyrath, und Kinder, von demselben Ehe-Gemächt, von welchem es das Guth, wie vermeldet, bekommen, verhanden, hat es ebenfalls allein die Abnutzung sein Lebenlang, das Eigenthum aber ist der Kinder voriger Ehe, zu gleichen Theilen, also daß in disen Fällen die Eltern nicht Macht haben, von solchem wider angefallenem Guth, dem einem Kind mehrers, als dem andern zu zueignen. Hätte aber das verstorbene Ehe-Gemächt ausdruckentlich geordnet, daß wegen weiterer Verheyrathung, das überlebend Ehe-Gemächt, das Eigenthum indeme, was es ihme verodnet, nicht soll verworchen, oder verliehren, so bleibt ihme das Eigenthum unwiderfällig.

Summaria.

1. Wann der sterbendende Ehe-Mann dem Weib ein fettes *Legat* vermacht, welche zur anderen Ehe schreittet, ob sie das Eigenthum des *Legats* verliehre, wann Kinder aus erster Ehe verhanden?
2. Ob das wieder verheyrathe Weib solches vom Mann ihr vermachtes *Legat* unter die Kinder erster Ehe zu ungleichen Theilen austheilen, und einem mehr als dem anderen zueignen könne?
3. Was Rechtens, wann der Verstorbne in seinem letzten Willen ausdrucklich geordnet hat, daß der sich wieder verheyrathende Ehe-Theil das Eigenthum des *Legats* nicht verliehren soll, ob diß gehalten werden müsse?
4. Ob auch der Vatter in seinem *Testament* verbietten könne, daß das sich wieder verheyrathe Weib, welches aus den Kinderen erster Ehe eines erbt, das Eigenthum verliehre?
5. Was ist Rechtens, wann der Vatter in seinem *Testament* die Mutter *pupillariter substituirt* hat, weil ein Sohn aus den Kinderen erster Ehe noch nicht 14. Jahr alt gewesen, ob solche *substitution* mit vollständigen Recht gelte?

OBwohlen in dem 5. Art. wir allein von 3. Fällen geredt haben, in welchen der wieder verheyrathe Ehe-Theil am Eigenthum der Erbs-Portion beraubt wird, welche ihme von des verstorbenen Ehe-Gemächts Güthern zu kommen. 1. Wann sich zutragt, daß eines aus dem gemeinsammen Kindern sterbe, und solches die Mutter mit denen übrigen Kindern ab intestato erbt. 2. Wann das Weib wegen der Kinder erster Ehe in ihren Wittib-Stand die Vormundschafft nicht übernommen; der keine Vormunder begehrt hat. Und 3. wann sie unkeusch gelebt hat; so wird doch in disem Art. jetzt vom 4ten Casu gehandlet, das ist, von jenen Sachen, welche der 1.
überlebende Ehe-Theil ohnmittelbar von des Verstorbnen Mittler bekommt, und nicht durch Erbschafft gemeinsammer Kinder,

der, und diser Casus betrifft so wohl der Kinder als des Verstorbnen Favor und Ehr. Zum Exempel, wann der sterbende Mann dem Weib ein fettes Legat vermacht, alsdann, wann sie zur anderen Ehe schreittet, und Kinder von erster Ehe verhanden seynd, verliehrt sie das Eigenthum an dem ihr vom Mann vermachten Legat. Die Ursach ist eben jene, welche in vorigen 3. Fällen obwaltet, nemlich der Favor der Kinder erster Ehe, welcher nicht zulaßt, daß die Güther gemeiner Freundschafft in fremde Familien verfallen sollen, und deßwegen ist dise Straff denen sich wieder Verheyrathen auferladen worden, daß nach ihrer weiteren Ehe, was immer sie aus erster Ehe bekommen haben, denen Kindern erster Ehe wider zuruck fallen solle. Welches wir in vorgehenden schon öffters obenhin angegriffen haben, in disem Art. aber ist der eigentliche Sitz diser Materi, obwohlen uneigentlich, weilen wir hier allein vom Erben der Ascendenten Mit-Brüdern und Schwestern handlen, diser Art. aber betrifft des überlebenden Ehe-Theils erworbne Sachen, von welchen tit. 1. art. 2. der Land-Rech gehandlet worden, ausser man will sagen, daß unser Art. mit dem Erben der Ascendenten auf die Eltern zu verknipfen seye, also daß hier ein merckwürdige Exception seye, von denen Kindern, die nicht gleich erben, weil in des wider verheyrathen Ehe-Theils Erbschafft die Kinder zweiter Ehe ausgeschlossen werden, in Ansechung dessen, wanns in erster erworben worden.

2. Und der Art. setzt die merckwürdige Bestättigung bey, daß auch dem wider verheyrathen Ehe-Theil nicht erlaubt seye, einem der Kinder von dergleichen zuruck fallenden Gütthern mehrers zu zu eignen, als dem anderen. Zum Exempel, die Ehe-Frau hat nach des Manns Todt durch sein Testament 900. fl. bekommen, dise Frau hat sich wider verheyrathet, ob sie schon aus erster Ehe 3. Söhn hatte. Gewiß, wann sie aus der anderen Ehe andere Kinder bekommt, dise werden lediglich nichts von dem Eigenthnm der 900. fl. so der erste Mann legirt hat, erlangen, aber in disem bestehet die Frag, ob nicht die wieder Verheyrathe wenigist ihr Legat der 900. fl. zu ungleichen Theilen unter die 3. Söhn erster Ehe vertheilen könne? Und unser Art. antwortet mit Nein. Aus Ursach, weil diser Gewinn aus Verordnung des Gesatz denen Kindern erster Ehe zufallet, dann eben darummen, wann die Mutter zur andere Ehe schreittet, so verliehrt sie das Eigenthum, welches denen Kinderen erster Ehe zufallt, daß also die Mutter solch zuruck fallenden Gewinn weder verhinderen, noch ein oder anderer Seits vermehren, oder verminderen kan. Dann was wird sie von solchem Legat geben können, weil sie durch die weitere Ehe das Dominium oder Eigenthum verlohren hat, und die Nutz-Niessung durch ihren Todt erlöschet?

Wann man fragt, ob diß auch Platz habe in dem Casu des 5. Art. wo die wider verheyrathe Frau das Eigenthum verliehrt, an dem, was sie vom Sohn erster Ehe mit denen zweybändigen Brüdern und Schwestern ererbt? Wir antworten mit Ja: Aus gleicher Ursach, weil diser Gewinn denen Kinderen erster Ehe aus Verordnung des Gesatz gebührt, und nicht aus Verordnung der Mutter. Wann nun die Mutter vom Sohn der erster Ehe 900. fl. erbt, und sie aus erster Ehe neben dem Verstorbnen noch 3. Kinder hinderlaßt, so hat sie lediglich den Gewalt nicht, die 900. die sie vom verstorbnen Sohn geerbt hat, ungleich in die übrige 3. Söhn zu vertheilen, weil das Gesatz ihnen das Eigenthum zu gleichen Theilen zuschiebet.

Doch leidet diß den mercklichen Absatz, 3. wann nicht der verstorbene Ehe-Theil in seinem letzten Willen geordnet hat, daß der überlebende Ehe-Theil durch das wider Verheyrathen das Eigenthum des Legats nicht verliehren soll, welches gar offt in den Testamenten für geschehen worden zu seyn, wir gesehen haben, dann wann der Testirer sagt (welches mir, der ich des anderen Testament machete, begegnet ist) ich hab diß Weib in meinem hohen Alter geheyrathet, warum also soll ich ihr nicht gestatten, daß sie nach meinem Todt sich nicht wieder verheyrathen soll? Ich will also, daß sie, was sie Krafft meines Testaments bekommt, solches mit vollständigen Recht bekomme, und nichts denen Kindern erster Ehe davon zuruck zu stellen schuldig seyn solle. Welches in allweg zu halten ist.

Man wird aber fragen ob der Vatter auch in seinem Testament verbietten 4. könne, daß die wieder verheyrathe Frau, welche ein aus denen Kindern erster Ehe erbt, das Eigenthum nicht verliehren soll? Und wir vermeynen, diß stehe in des Vatters Gewalt nicht. Aus Ursach, weil er über fremde Sach eine Verordnung machte, dann nachdeme nach des Vatters Todt denen Kindern die Güther zugefallen, so seynd sie nicht mehr Vätterliche Güther, sonder seynd der

Kinder

Kinder eigne Güther, in welchen das Gesatz zu Favor der Kinder erster Ehe, und nicht zu Favor des Manns die Erbschafft, was das Eigenthum betrifft, nicht zu last. Es muß also in des Vatters Gewalt nicht stehen jens abändern zu können, was das Gesatz nicht zu Favor des Vatters, sonder zu Favor der Kinder verordnet hat.

Was ist aber Rechtens, wann ein Kind erster Ehe noch unter 14. Jahren gewesen, deme der Vatter in seinem Testament die Mutter puppillariter substituirt hat, daß sie alle Gütther mit vollständigen Recht erben könne, welche sie so wohl vom Vatter, als, welche sie von anderen Kindern erster Ehe, oder sonst dem nicht 14. Jahr alten Kind zugefallen seynd? Und gewiß in disem Casu zweifflen wir nicht, daß nicht die Substitution gelte. Aus Ursach, weilen, wann Krafft dises Art. der Vatter in seinem Testament Vorsehung thun kan, daß die eigenthumliche Güther, welche er der Wittib vermacht, durch die weitere Ehe denen Kinderen erster Ehe nicht zufallen solle, also auch Vorsehung thun kan, daß die Güther des noch nicht 14. Jahr alten Kinds wegen der weiteren Ehe der substituirten Mutter nicht ruckfällig werden sollen, weil er gleichen Gewalt hat in der Substitution, welchen er hat in seiner eignen Testamendlichen Institution, wie auch jenes geltsen werden kan, was die DD. über den Tit. Inst. de pupillari substit. schreiben.

Der achte Articul.

Wurdet sich aber ein Wittib zu solchen geringen Personen, die ihr selbs, ihrer Freundschafft, ihrem Nahmen und Stammen, auch dem vorigen Ehe-Stand gantz ungemäß, verheyrathen, so solle sie hierdurch alles das, was sie in voriger Ehe, von ihrem Hauß-Wirth, durch Heyrath-Geding, Vermächt, Morgen-Gab, Ubergab, der Kinder Erbschafft, und in ander Weeg, von ihrem Hauß-Wirth, oder Kinderen, eigenthumlich oder nutz-nießlich bekommen, gäntzlich verworcht haben, also, daß solches ihr genommen worden, und ihren Kinderen erster Ehe, oder wo sie die nicht hätte, den nächsten ihres vorigen Hauß-Wirths (von deme solche Güther herkommen) Freunden zustehen, und folgen soll.

Summaria.

1. Wann die verwittibte Mutter zur weiteren Ehe schreittet, und einen solchen Mann heyrathet, welcher ihres Stands, und *Condition* nicht, oder ein *infame* Person ist, ob solches Weib alles, was sie vom Mann durch Heyraths-*Pacta* oder sonsten hat, völlig verliehre?
2. Ob diser Art. nicht denen Geistlichen Rechten, und der Freyheit zu heyrathen zuwider seye?
3. Welcher Gestalten disen Miß-Bräuchen das *Concilium* zu Trient durch Aufhebung der heimlichen Ehen begegnet habe?

1. Die Verordnung dises Art. ist entnommen worden aus der Kayserlichen Lands-Ordnung de Anno 1553. lib. 4. tit. 14. art. 4. und hat in sich einen der vom Gesatz gesetzten Straff denen vorigen gleichen Casum. Wo gesagt wird: Weil bißhero öffters geschehen, daß die Wittiben nach dem Tod voriger Ehe-Männer, ihnen selbsten, und der gantzen Famili zur Verachtung und Spott ihres Nahmens, und voriger Ehe sich mit einem anderen schlechten in Stand ungleichen, zu Zeiten auch mit infamen Personen verehelichet, so verordnen wir, mit Rath unserer Lands-Ständ, das künfftig solche Wittiben all jenes, was sie vom Ehe-Mann voriger Ehe durch Heyraths-Geding, Morgen-Gab, Vermächt, Ubergab, durch Erbschafft der Kinder, durch Schanckungen unter Lebendigen, oder auf andere Weiß NB. eigenthumlich oder nutznießlich bekommen haben, völlig verliehren sollen, also, daß all solches ihnen benommen, und denen Kinderen erster Ehe, oder, wann deren keine verhanden, denen nächsten Befreundten des zu erst verstorbnen Ehe-Theils zugeignet werden soll. Aus welchen Worten erhellet, daß dise Straff härter als die vorige seye, weilen in disem Casu nichtallein das Eigenthum der verheyrathen Wittib, sonder auch die Nutz-Niessung, und nichtallein zu Favor der

der Kinder erster Ehe, sonder auch zu Favor der nästen Freund des vorverstorbnen Ehe-Theils weggenommen wird.

2. Ob aber dise unsere Kayserliche Verordnung, und in wie weit, und in wie vil dem Geistlichen Recht nach Platz haben könne? Ist nicht ohne Beschwerde: Dann dise Verordnung schlagt ein in die Freyheit der Ehe: Dann obschon die der weiters sich Verheyrathenden dem Burgerlichen Recht nach eingeführte Straffen, auch nach allgemeinen Sentenz der Canonisten in so weit giltig seynd, als weit sie den Favor der Kinder erster Ehe betreffen. Gail. 2. obs. 98. n. 8. Grass. §. success. ab intest. quæst. 25. Gabriel comm. conclus. lib. 3. tit. de success. conclus. 6. Covall. comm. contra comm. quæst. 742. So ist doch hingegen auch gewiß, daß die weltliche Fürsten nichts verordnen können, welches die Freyheit der Ehe verhindert. Covar. in 4. decret. part. 2. cap. 33. n. 6. Mozzius de matrim Rubr. de nat. matrim. quæst. 17. n. 22. Clarus. in pract. crim. quæst. 82. stat. 3. Und diser Sentenz ist bestättiget worden in concilio trident. sess. 24. cap. 9. wo ausdrucklich gesagt wird, daß weder ein Fürst noch andere auf einige Weiß directè oder indirectè unter Straff der Excomunication verordnen könne, desto minder die Ehen frey geschlossen werden mögen.

Wann man sagt, daß in disem Art. von Freyheit der Ehe nicht gehandlet werde, sonder daß mit einer schlechten dem Stand und Condition nicht gleichen, oder gar infamen und unehrlichen Person kein Ehe soll geschlossen werden, daß aber die Personen ungleichen Stands unter ihnen erlaubter massen eine Ehe treffen, und deßwegen durch ein Burgerlichen Stand nicht gestrafft werden können, lehrt Nicol. Everhard Jun. insignis nost. Juris consult. Bavar. vol. 1. cons. 40. n. 25. & 43. capella Tholos. quæst. 209. Schurff. cons. 56. n. 4. & 15. cent. 2. & Covar. loc. cit. §. 8. n. 6. welcher dise Meynung (wo er doch von Söhnen und Töchtern redet) auch auf unehrbahre und verleumbte Personen extendirt Unser gegenwärtiger Art. und der oben citirte aus der alten Bayrischen Reformation entnommene nemmlich mittelbahre Wort, welche nicht eine verleimbde und infame Person, noch auch allein am Stand ungleiche, sonder solche Person in sich begreiffen, welche 1. dem wieder verheyrathen Weib 2. ihrem Nahmen und Famili, und 3. voriger Ehe zum Spott und Schand ist: ist also in solchem Fall sicher zu gehen, damit nicht durch Forcht der Weltlichen Straff die Freyheit der Ehe, welche heylicher seyn muß, auf einige Weiß eingeschränckt werde. Und deßwegen ist bey Errichtung, und Reformation unserer Land-Recht in Betracht gezogen worden, ob nicht der citirte 4. Art. der alten Reformatio de An. 1553. umgangen werden könne? Nach der Sachen reiffer Uberlegung aber ist von den gelehrtisten Männern geschlossen worden, daß das Geistliche Recht nicht in Weeg stehe, daß nicht unser neues Statutum aufs neue bestättiget werden könne, aus nachfolgenden Usachen.

Erstlich weil der Art. nichts verordnet von der Substanz der Ehe, sonder all in von jenem, was von denen Heyraths Gedingen, und Gewinns abhangt, welche die Substanz der Ehe nicht berührt: Dann es ist gewiß, daß dergleichen Leuth, welche sich im ungleichen Stand zur Schand und Spott Gräfflich Freyherrlich, Adelicher, und ehrlicher Famili einander verehelichen, handlen wider die gute Sitten, und offentliche Ehrbarkeit, daß also sie billig bestrafft werden können. Jul clar. in pract. crimin. quæst. 82. statut. 3. n. 3. Pacian. de prob. cap 3. n. 82. & mult. seq. Wo er dise Meynung mit mehrern Ursachen, welche theils in Sitten, theils auch in der natürlichen Billigkeit gegründet seynd, besteiffet, wann nur durch die mit solch weltlichen Straffen eingeschränckte Ehe im übrigen der Freyheit sich zu verheyrathen keine Hindernuß gemacht wird.

Also 2. haben wir ein Exempel, daß ein Vatter dem Sohn oder der Tochter, oder einem anderen Legatario die Freyheit sich mit diser oder jenen particular-Person zu verehelichen verbietten könne, wann er diß oder jenes in Krafft des Testaments erlangen will. Pacian. dict. c. 3. n. 90. Wann nun diß ein privat Mensch thun kan, warum nicht auch ein Gesatz-Geber.

Drittens wird durch solches Statutum niemand das Heyrathen verbotten, nicht einmahlen mit gewisser Gattung der Leuth, sie mögen schlecht, im Stand ungleich, infam, oder verschreit seyn, sonder es wird nur der Gewinn zu genüssen verbotten, welches die offentliche Honestidät erfordert, so auch der ehelichen Freyheit nicht widerstrebt. Felin. in cap 1. despons. Mynf. cent. 6. obs. 31. n. 6. Afflict. in constit. Neapol. Rubr. 19. n 12. lib. 3. Ein mehrers werden wir unten sehen, wo wir von den Kindern ungebührlichen Verheyrathungen reden werden.

Disen Mißbräuchen ist sehr vil begegnent worden durch das Trientische Concilium, weil die heimliche Ehen völlig aufgehoben worden, daß also, wann eine Wittib sich ungebührlich verheyrathen will, von denen Befreundten, und anderen, denen daran ligt, zeitlich erinnert werden kan, daß sie sich nicht selbsten in ein

in ein solche Schand der Famili stirtzen, und ihr eignen, und ihres gantzen Nahmens, und voriger Ehe Ehr und Respect erhalten soll: Unterdessen ist auch diß nicht zu widersprechen, daß einige dergestalten ihr Famili närrisch hoch schätzen, daß, obschon eine Tochter einen gewiß ehrlichen Heyrath mit einer Adelichen in Würden und Ansehen stehenden Person trifft, sie von darummen denen Straffen unterworffen zu seyn ausschreyen, weil der neue Bräutigam ihrer Famili deren Alterthum noch nicht gleich ist, auf welches unsers Erachtens so genau nicht zu sehen ist, dann die blosse Ungleichheit des Stammens kan durch andere Tugenden, Qualitæten und Wirden ersetzt werden.

Der neunte Articul.

Wann ein Sohn, oder Tochter, die in Gewaltsam oder Fürsehung ihrer leiblichen Eltern, Vatter oder Mutter seyn, sich selbs, unerachtet solche Elteren ihnen ehrliche Heyrath angetragen, oder doch an denselben sie nicht gehindert hätten, ohne ihr der Elteren Willen und Wissen, zu solchen Personen, welche ihnen an Stand, und Herkommen nicht gemäß, verheyrathen, so seyn ihnen dieselben ihre Elteren, Vatter und Mutter, in ihrem Leben nicht schuldig, einich Heyrath-Guth, Fertigung, oder Heim-Steur zu geben, oder andere Hülff zu thun, sie wöllen es dann gern thun, biß so lang dieselben ihre Elteren sterben. Und wo dieselbe ihr Vatter und Mutter in ihrem Leben kein andere Ordnung gemacht, und Fürsehung gethan hätten, wie es nach ihrem Absterben, ihrer Verlassung halb soll gehalten werden, soll gleichwohl der Sohn erben mit anderen Kinderen, was er von Rechtswegen erben mag: Aber einer Tochter, die sich also selbs obgehörter massen verheyrath, soll von ihrem Vätter- und Mütterlichen Guth, nicht mehr dann der halbe Theil dessen, so ihr sonsten wäre erblich zugestanden, und der andere halb Theil ihren gehorsamen Geschwistergiten, und wo sie keine hat, den nächsten gesipten Freunden, heimfallen und gefolgen.

Doch soll in disem Fall die Bestimmung des halben Theils ihrer Erbschafft, den Verstand haben, wo bey derselben Tochter Nahmen und Stammen, daß sich die Tochter gegen einer bestimmten Summa Heyrath-Guths Vätterlichen und Mütterlichen Erbs verzeichen, gebräuchig, so soll derselben, die sich selbs also, wie oben verheyrathet, hätt allein halb so vil, als einer verzichnen Tochter, die am wenigisten bekommen, gegeben würdet, für ihr Vätter- und Mütterlich Erb folgen und zu stehen.

Wurde aber ein Tochter, wie obstehet, ohn ihres Vatters, oder Mutter Wissen, und Willen, zu einem Mann der ihr nicht allein am Stand und Herkommen ungleich, gantz ungemäß, und zu gering, sonder auch eines gar schlechten und leichtfertigen Stands und Weesens, oder auch ein verleumde Person ist; Oder ein Sohn zu einer leichtfertigen, offentlichen bewusten, unerbahren Weibs-Person, heyrathen, und hätten die Elteren der Tochter innerhalb 25. und dem Sohn inner 30. Jahren, ehrliche Heyrath angetragen, oder doch an denselben nicht begehrt zu verhinderen, so mögen solche ungehorsamme Kinder, ihrer so leichtfertigen und unehrbahren Heyrath halben, von ihrem Vatter und Mutter gantz und gar enterbt werden, und so das geschieht, sollen sie von der Erbschafft gäntzlich ausgeschlossen seyn, auch einige Obrigkeit ihnen zu derselben nicht verhelffen. Wurden sie aber von ihren Elteren nicht enterbt, soll ihnen doch mehrers nicht, dann ein halber Theil ihrer Noth-Gebührnuß, von ihren Vätterlichen und

Oooo 3 Mütter

Mütterlichen Erb gelassen werden, es hätten dann die Elteren, durch letzten Willen, ein anders geordnet, darbey soll es bleiben.

Was auch diß Orts von Vatter und Mutter geordnet, soll auch von An-Herrn und An-Frauen, wo Vatter und Mutter nicht mehr im Leben, verstanden werden.

Wurde sich aber ein Weibs-Person vor 25. Jahren ihres Alters, die nicht Vatter oder Mutter, An-Herrn oder An-Frauen hätte, ohne ihrer Vormunder, oder da sie die nicht hätte, der nächsten Freund, oder dessen, dem sie befohlen ist, Wissen, Willen und Rath verheyrathen, die soll, wann die Manns-Person, zu deren sie geheyrath, ihrem Stand nicht gemäß, den vierten, da es aber ein leichtfertige, gar geringe, oder verleumde Person, den dritten Theil ihres Vätter- und Mütterlichen Erbs verworcht haben, und solcher vierter oder dritter Theil, ihren Geschwistergiten, oder da sie die nicht hätte, ihren nächsten Freunden heimfallen, es wäre dann gar kein nahender Freund im Leben, der sie von Rechtswegen erben möcht.

Wäre es aber ein Sohn, der also ohne Vorwissen der Vormunder oder Freund, oder dessen, dem er befohlen, unter 12. Jahren sich selbs wurde verheyrathen, der soll mit Gefängnuß, oder in andere Weeg, aber nicht um Geld gestrafft werden, doch sollen die Vormunder oder Freund, solchen Sohn und Tochter, an guten ehrlichen Heyrathen, die ihrem Stand nicht zu wider, ungebührlich nicht verhinderen.

Ob sich aber ein Sohn oder Tochter, ihrem Stand und Herkommen gleichwohl nich ungemäß, doch ohne Wissen und Willen ihrer Eltern, in deren Versehung und Gewalt sie seyn, selbs verheyrathen, nemlich der Sohn vor und ehe er zu 30. Jahren, und die Tochter, vor und ehe sie zu 25. Jahren kommen ist, so seyn ihren derselben ihre Eltern Vatter und Mutter, in ihrem Leben nicht schuldig, einich Heyrath-Guth, Fürderdung, oder Heimsteur zu geben, sie wöllen es dann gern thun, biß so lang dieselben ihre Elteren sterben, alsdann sollen sie mit den anderen Kinderen erben, was sie von Rechtswegen erben sollen. Wo auch derselben Elteren ohne Geschäfft abgehen, so sollen nichtsdestominder die andere ihre Geschwistergit, und Mit-Erben ihr eingenommen Heyrath-Guth, und Heim-Steur, bey Vertheilung der verlassnen Erbschafft einwerffen. Es mögen auch ihre Elteren sie deßhalben in ihren Geschäfften nicht enterben, sonder sollen sie ehrbarlich versehen, zum minsten in der Legitima, oder natürlichen Erbschafft. Es wäre dann, daß sie wider Vatter oder Mutter einich andere Verhandlung oder Verwürckung gethan hätten, darummen sie gar enterbt möchten werden.

Es sollen auch alle diejenigen, sie seyn was Stand sie wollen, so aus verbottener Eigennutzigkeit, Genuß, Geschänck, oder anderer unzimlicher Ursachen wegen, zu dergleichen Verheyrathung rathen, helffen, oder Gelegenheit geben, von ihr jedes gebührlichen Obrigkeit nach Ernst gestrafft werden. Und ist diser Articul nicht allein von dem Ritter-Stand, sondern auch von anderen zu verstehen.

Summaria.

1. Wann ein Sohn ohne Vorwissen und Willen der Elteren sich mit einer Weibs-Person ungleichen Stands verheyrathet, ob er an seiner Widerlag, und anderer Vätterlicher und Mütterlicher Hülff beraubet werde?

2. Was Rechtens, wann die Elteren im Leben solchen Sohn nicht straffen, stillschweigend durch die Finger sehen, ob sie darfür gehalten werden, die Straff geschenckt zu haben?

3. Ob ein solcher Sohn, der ohne Vorwissen der Eltern

Bißhero haben wir gehandlet von den Ehe-Gemächten, welcher Gestalten sie sich der heyratlichen Gewinn, und der Erbschafft der Kinder berauben, Theils nur was das Eigenthum betrifft, und theils um alles. Jetzt diser Art. handlet von den Kinderen selbsten, wann nemlich die Söhn, oder Töchter an der Erbschafft der Eltern, oder andern Gewinn, wann sie sich ohne Vorwissen und Willen der Eltern, oder auch der Vormunder verehelichen.

1. Unser Art. macht über dise Materi einige Reglen, welche wir kürtzlich durchsuchen werden. Nun die erste Regul macht einen Unterscheid unter dem Sohn, und einer Tochter, wann also ein Sohn, welcher noch in des Vatters oder Mutters Versorgung ist, sich mit einer solchen Weibs-Person verehelichet ohne der Eltern Vorwissen und Willen, welche ihm im Stand nicht gleich ist, alsdann seynd die Eltern nicht gehalten, ihme ein Widerlag noch eine andere Hülff zu geben, wann sie nicht gern wollen. Unser Art. redet erstlich von einem Sohn, der unter der Eltern Gewaltsam, oder Fürsehung lebt. Aus welchen Worten folget, daß, wann er nicht mehr in seiner Eltern Muß und Brod ist, sonder aus deren Famili und Gewalt durch eine Würde, oder anderes Glück getretten, und einen eignen Hert führt, er an der Eltern Consens nicht gebunden seye. dessen ist die Ursach, weilen ein solcher Sohn wegen vernachlässigten Consens der Eltern allein an der Widerlag und anderer Hülff der Eltern beraubt wird, welche daß er nicht mehr nöthig habe supponirt wird; Und obwohlen 2. der Art. von dem Sohn redet, welcher dem Gewaltsam der Eltern lebt, weilen jedoch der Text von beyden Eltern redet, so erhellet,

hellet, daß er nicht zu verstehen seye vom Vätterlichen Gewalt, weil die Mutter keinen Gewalt über die Kinder hat, sonder allein von der Eltern Auferzucht, Unterhaltung und Vorsorg. Absonderlich, weilen 3. wir oben von dem Vätterlichen Gewalt gesagt haben, daß ein Sohn sich vom Vätterlichen Gewalt Krafft unserer Land-Recht auch durch die Absönderung vom Vätterlichen Hauß und der Eltern Famili, und durch Führung eignen Rauchs frey mache. Unser Art. erfordert 4. daß jedoch die Eltern dem Sohn einen standmässigen Heyrath angebotten, oder ohne solchen zu Rath zu treffen nicht verhinderet haben. Dise Verordnung gründet sich in der Reverenz und Ehrenbiettigkeit, welche die Kinder denen Elteren schuldig seynd. Wann also der Sohn gethan hat, was er gekennt hat, und die Eltern um einen standmässigen Heyrath gebetten, so hat er seinem Amt genug gethan. Und welen 5. der Vatter erst alsdann die eheliche oder hochzeitliche Hülff abschlagen kan, wann ohne seinen Willen der Sohn einen Miß-Heyrath thut, so folget, daß, wann er eine solche Person in Vorschlag bringt, welche seines Stands und Herkommens gemäß ist, der Vatter nichts destoweniger die heyrathliche Hülff præstiren müsse, obwohlen villeicht er aus einer nicht genunsammen Entschuldigung nicht einwilligen will, wie eben dises der Art. klar andeitet in den Worten, oder doch an dem Heyrath nicht verhindert hätten. Welche Wort diesen Verstand haben, daß, obschon die Eltern nicht einwilligen wollen, doch auch den Sohn nicht verhinderen können, oder mit Vernunfft sich verheyrathet. 6. Diß doch ist kein Straff, welche der Sohn von Rechtswegen verwürckt, sonder nur aus der Eltern Willen. Wann sie, sagt der Art. kein andere Ordnung in ihrem Leben gemacht, und Fürsehung gethan hätten. Stehet also frey, daß der Vatter und Mutter, wann sie wollen, ihrem Sohn, der sich ohne ihr Vorwissen und Willen verheyrathet, geben können, was sie wollen. Ist auch 7. nicht nöthig, daß die Eltern in disem einig seyn, dann weil der Art. gleich zu Anfang disjunctivè redet, Vatter oder Mutter, so ist es ein Zeichen, daß deren Willen abgesöndert erfordert werde, weilen auch jedwederen der Eltern ins besonder daran gelegen, welches auch sonderheitlich zu beobachten ist, weil meistens die Müttern günstiger seynd, und leichter einwilligen, als die Vätter, und zu Zeiten denen Söhnen zuschieben, was sie vom Vatter nicht erlangen können, wann nur sie diß thun aus ihren eignen Mittlen, weil wir schon oben ausgeführt haben, daß in den übrigen heyrathlich oder Paraphernal-Güthern, welcher des Manns Administration und Verpflegung unterworffen seynd, denen Weibern gar kein Verordnung ohne des Manns Willen und Approbation zustehe. Und diß 8vò. ist ohne allen Zweiffel wahr, wann die Ehe nur ungleich ist; Was ist aber Rechtens, wann der Sohn eine leichtfertige und infame Ehe getroffen hat? Da muß man den Vers. Wurde aber lesen, wovon bald hernach folgen wird.

Unterdessen ist für die andere Regul zu setzen, wann der Vatter und Mutter in ihrem Leben kein andere Verordnung und Fürsehung gethan, wie es nach ihren Todt mit ihren Güthern gehalten werden soll, das ist, wann sie wegen der Erbschafft im Testament, oder anderen letzten Willen, oder ab inteſtato nichts verordnet, sonder die Sach, wie sie ligt, gelassen noch des Sohns Heyrath approbirt, noch verworffen haben. Ja obwohlen sie solchen verworffen, doch dem Sohn deßwegen keine Straff auferlegt, oder ihme etwas an seiner ab inteſtato zufallenden Erbschaffts-Portion abgezogen haben, daß der Sohn seine gantze Erbschaffts-Portion mit vollständigem Recht erlange. Aus Ursach, weil dise Erklärung von der Eltern Willen abhangt, welche, wann in ihrem Leben dem ungleich heyrathenden Sohn dise Straffen, welche unser Art. wegen offentlicher Ehr zulaßt, nicht aufbürden, darfür gehalten werden, selbe nachgesehen zu haben, und also thut ein solcher Sohn mit den übrigen Kinderen ab inteſtato zu gleichen Theilen eben. 2.

Was ist aber Rechtens, wann der Vatter und Mutter dem Sohn, der einen Miß-Heyrath getroffen weder eine Widerlag, noch sonsten eine hochzeitliche Hülff gegeben. Muß er wohl darfür gehalten werden, daß er von der Erbschafft ab inteſtato, wenigist in so weit ausgeschlossen seye, daß er von den übrigen Geschwistrigten das Einwerffen dessen, nicht begehrn könne, was sie als ein Widerlag oder Heyrath-Guth, oder sonsten bekommen haben, und sonst conferirt werden muß, wovon wir weitläuffig bey dem 14. Art. 35. Tit. der Land-Recht geredt haben? Uber dises ist der Art. dunckl und obscur, dann weilen wir supponiren, daß die Elteren den Miß-Heyrath des Sohns nicht bequehmiget, und also zur Aussteur nichts gegeben haben, so muß eben darum darfür gehalten werden, daß sie die hiedurch ihnen zugefügte Injuri haben rächen, und folglich die Einwerffung dessen zugelassen 3.

gelassen haben, was anderen gesitten, und gehorsamen Kinderen zur Aussteur gegeben worden, damit ein Unterschied seye, unter den denen Eltern danckbaren, und undanckbaren und böß gesitteten Kinder: Hingegen aber verordnet der Art. ausdrucklich, daß ein solcher Sohn, wann die Eltern in ihrem Leben eine widrige Verordnung nicht gemacht haben, mit andern Kindern erblich jenes bekommen können, was ihm von Rechtswegen gebührt, was er von Rechtswegen erben mag, aber so wohl dem gemeinen als unsern Land-Recht nach kan er begehren, daß seine Geschwistrigte die Widerlag, Heyrath-Güther und anderes, von den Eltern empfangnes, wovon wir Art. 14. Tit. 36. geredt haben, in die Erbschafft einwerffen, oder so lang zuruck stehen sollen, biß auch er seine gebührende Satisfaction wird erhalten, also 2c. Dises bestättiget die oben angeführte Ursach, daß der Vatter darfür gehalten wird, nichts anders als die durch ungleiche Ehe zugefügte Injuri nachgelassen oder geschenckt zu haben, welche Præsumption auch deßwegen desto kräfftiger ist, weilen vorbesagter massen die Eltern die Einwerffung, wann sie wollen, verhinderen können. Wann nun sie solches unterlassen, so bleibts unterlassen, und hat die Sach übrigens sein Verbleiben bey der rechtlichen Verordnung, welchen Sentenz wir um so lieber zu lassen, weil er mit dem Geistlichen Recht der ehelichen Libertät geneigt ist, welcher gewiß, wir mögen sagen, was wir wollen, durch dergleichen Einschränckungen allzeit in eine Einschranckung einschlagt.

4. Mann wird fragen, warum vorbesagter massen dise Straffen, mit welchen unser Art. die ungehorsamme Kinder belegt, allein von der Eltern Willen abhangen, die übrige aber, von welchen wir in vorgehenden geredt haben, von Rechtswegen aufgebürdet werden? Und wir antworten, daß dise Straffen, von welchen wir in disem Art. handlen, auferlegt werden zu Favor der Eltern, welche durch dergleichen Ehen ihrer Kinder beleidiget zu werden præsumirt werden; Wann sie aber nicht beleidigt werden, so haben dise Straffen keinen Platz. Aber bey wider verheyrathen Weiberen, wann sie die Kinder erben, wird ihnen der Verlurst des Eigenthums zur Straff zu Favor der Kinder der erster Ehe aufgebürdet, und also kan weder der Vatter, noch hingegen die Mutter solche als vom Gesatz gemachte Straff dem überlebenden Ehe-Theil nachlassen.

5. Wird die dritte Regul gesetzt, daß ein anders seye bey einer Tochter, welche sich ohne Vorwissen und Willen der Elteren, wider ihren Stand und Condition verheyrathet hat, als bey einem Bruder, der sich verheyrathet, dann die Tochter wird von der Portion des Vätterlichen oder Mütterlichen Erbs um die helffte beraubt, welche sie ab intestato bekommen hätte, und solch ihr benommene Helffte fallt ihren wohl-gesitteten, und gehorsammen Geschwistergiten, und, wann sie keine hat, denen nächsten Befreundten zu.

Und dise Regul erstreckt sich so weit, daß, wann solche Tochter, welche ohne der Eltern Willen sich wider ihren Stand verheyrathet, von adelichen Stand und Famili, Noch mehr als die helffte ihrer Erbs-Portion, welche ihr vom Vatter oder Mutter ab intestato zufallet, verliehrt. Dann weilen der Gebrauch und die Gewohnheit ist, daß denen verzichnen Töchtern für Heyrath-Guth niemahl so vil gegeben werde, was sie von denen Eltern ab intestato erbetten, deßwegen wird die wider ihren Stand verheyrathe Tochter ausdrucklich in die Straff verfället, daß sie auch die helffte ihres Heyrath Guths, welches sie sonst bekommen haben wurde, verliehre, und zwar also, daß das Heyrath-Guth nachdeme müsse abgemessen werden, was eine aus den Töchtern am wenigisten empfangen hat. Zum Exempel, bey den gemeinen Leuthen ist die Sach glatt, weilen dem gemeinen und unsern Land-Recht nach die Brüder und Schwestern zu gleichen Theilen erben, wann aber eine oder die andere aus den Töchtern eine ungleiche und der gantzen Famili unanständige Ehe trifft, so verliehrt sie die helffte ihrer Vätter- oder Mütterlichen Erbs-Portion, welche ihren übrigen gehorsammen Geschwistergiten zufallet, oder wann sie keine hat, oder solche gestorben seynd, denen nächsten Befreundten. Aber wegen denen Adelichen verzichenen Töchtern wird verordnet, daß solche Tochter, die sich wider ihren Stand verheyrath hat, auf keine Weiß die helffte der Vätterlichen oder Mütterlichen ihr sonst ab intestato zufallenden Portion haben soll, sonder sich mit ihrem Heyrath-Guth begnügen lassen müsse. Hernach muß ihr Heyrath Guth nach der Quantität desjenigen Heyrath-Guths jener verzichnen Tochter abgemessen werden, welches am wenigisten empfangen hat, und endlich von disem Heyrath-Guth verliehrt sie die helffte zur Straff der wider ihren Stand ungleich getroffnen Ehe. Daß in der That solche Adeliche Weibs-Person dreyfach gestrafft, und ohne allen Zweiffel härter gehalten wird, als die gemeine Weibs-Personen, und solche, bey deren Familien die Verzicht nicht im Brauch seynd. Diß ist zwar die Auslegung der ersteren Versiculn unsers Art. aus welchem doch noch ein und anders zu erleutheren ist.

7. Dann erstlich wird gefragt, warum die Söhn, wann sie ohne der Eltern Willen ein unanständige Ehe getroffen, gelinder gestrafft werden, als die Tochteren, dann die Söhn, wie wir in dem ersten Versicul ausgelegt haben, in dem Fall, da die Eltern über ihre Verlassenschafft kein andere Verordnung oder Fürsehung gemacht haben, erlangen ihre gantze Portion von den Vätterlichen und Mütterlichen Güthern mit völligem Recht, wo doch die ungehorsame Tochter die helffte von ihrer Portion allein verliehrt? Und wir antworten, daß weit schändlicher und unanständiger seye, wann ein Weibs-Bild sich geringer verheyrathet, als wann ein Manns-Bild solches thut. Aus Ursach, weil das Weibs-Bild durch die Ehe in das Hauß und Famili des Ehe-Manns eintritt, und den Nahmen ihres Geschlechts mit dem Wappen verliehrt, und nach dem Mann genennt wird. Also daß, wann ihr Mann ein Schneider, Schuester rc. gewesen, das Weib ein Schuesterin Schneiderin genennt wird, welches ja weit schmählicher ist, als wann ein adelicher Sohn ein gemeine Weibs-Person etwann eine Schuesters oder Schneiders Tochter heyrathet, zumahlen, weilen das Weib in die Famili und des Manns Stand eintritt. L. fœminæ 8. ff. de senat. Und des Manns Würde tragt. dict. L. fœminæ 8. ff. de senat. & L. mulieres Cod. de dignit. und gleiche Ehr, welche denen Männern gebührt, auch ihren Ehe-Frauen auch nach des Ehe-Herrn Todt gebührt, wann sie im Wittib Stand verbleiben. L. filii 22. §. vidua ff. ad municip. Und welcher des anderen Ehe-Frau ehret, oder beunehrt, oder injurirt, dar fürgehalten wird, daß er solches dem Mann zufiege. Text. in §. in Inst. de injur. So ist sich nicht zu bewunderen, wann die wider ihren Stand sich verheyrathende Tochter schwehrer gestrafft wird, als ein wider seinen Stand sich verheyrathender Sohn, weil die Tochter ihre Eltern und Famili weit grösser injurirt, weil sie all ihre Würde verdunckelt, der Sohn aber durch seinen Miß-Heyrath von dem Glantz seiner Famili nichts verliehrt, sonder seine Würde auch seiner Ehe-Frau mittheilet. Zu geschweigen, daß, je schwächer die Weibs-Bilder in Verstand seynd, je mehr ihnen obgelegen ist, der Eltern Rath zu folgen; Und es scheinet, daß die offentliche Ehrbarkeit erfordere, daß die Weibs-Personen mit schärfferen Straffen eingeschränckt werden sollen, weil sie zu Auswürckung solcher Excess durch die blinde Lieb geneigter seynd, als die Manns-Bilder.

8. Zweitens wird gefragt, weilen wir bey dem ersten Versicul gesagt haben, daß von darumen der Sohn bey dem Erben ab intestato, wann die Eltern nichts widriges verordnet haben, sein gantze Portion bekomme, weil der Vatter erachtet wird, die Beleidigung nachgelassen zu haben, ob nicht wenigist die Elteren auch denen Töchteren dise Straff durch ausdrucklichen Willen und Verordnung nachlassen können? Und es scheint, es seye mit Nein zu antworten: Aus Ursach, weilen der Art. ausdrucklich sagt, daß die helffte der Erbs-Portion, welche sie gehabt haben wurde, denen übrigen wohl gesitteten und gehorsammen Geschwistrigten, oder in deren Abgang anderen nächsten Befreundten zufalle. Es scheint also nicht, in der Eltern Gewalt zu seyn, jenes, was das Gesatz von Rechtswegen zueignet, durch ein widrige Verordnung wider abzuänderen. Dessen doch ohneacht, vermeynen wir ausser allen Zweiffel zu seyn, daß die Elteren dise Straff durch ausdrucklichen Willen nachlassen können. Aus Ursach, weilen hauptsächlich zu ihren Favor verordnet wird, daß nemlich die Kinder lehrnen sollen, gegen die Eltern den Respect und schuldige Reverenz zu erweisen. Gleichwie nun wir oben bey dem 5. Art. gesagt haben, daß ein wieder verheyrather Ehe-Theil durch die andere Ehe zwar die Nutz-Niessung desjenigen verliehre, was er vom verstorbnen ersten Ehe-Theil bekommen, wann jedoch der vorige Ehe-Theil ausdrucklich eingewilliget hat, daß der überlebende und wieder verheyrathe Ehe-Theil jene Portion mit vollständigen Recht haben könne, kein Zweiffel zu seyn, daß nicht ein solcher Will genug seye, und der Ehe-Theil zugleich das Eigenthum und die Nutz-Niessung erlange, also auch, wann die Eltern einwilligen, daß die Tochter, welche sich wider ihren Stand verheyrathet hat, mit denen übrigen Kinderen nichts destoweniger gleich erben könne, ist der Eltern Willen zu vollziehen, weil sie über ihre Güther also geordnet haben. Lese den Unterschied, welchen wir bey dem 7. Art. dises Tit. vom dem in seiner Sach, und seiner nach seinem Todt sterbenden Kindern Sachen disponirenden Vatter gemacht haben. Es stehet auch nicht im Weeg, daß unser Art. dise der sich ausser Stand verheyrathen Tochter auferlegte Straff denen wohlgesitteten Geschwistergiten, oder in deren Abmangel, anderen Befreundten zu schiebet, weil diß auf keine Weiß geschickt, um den Eltern die Händ zu binden, daß sie nicht wegen der noch unter ihren Güthern und Gewalten stehenden Portion biß zu End ihres Lebens frey disponiren können, sonder allein zu dem Ende, damit der Fürst zeige, daß er hiedurch den Fisco nichts zuschantzen wolle. Diß wird aus dem ersten Versicul bestättiget, dann wann die Elt-

Eltern dergleichen Kinderen, welche sich ausser Stand ohne ihren Willen verheyrathen, ein Heyrath-Guth geben, oder andere Hülff reichen können, wann sie es gern thun wollen, wie die Wort lauten, obwohlen sie solches nicht schuldig seynd, warum sollen sie nicht auch ihnen das Erben ab intestato mit den übrigen Kinderen zu gleichen Theilen zu lassen können? Es ist also diser blosse Unterschied zwischen dem Sohn und der Tochter, daß dem Sohn, wann nicht das Widerspiehl ausdrucklich verordnet ist, die Beleidigung eben darum nachgelassen zu seyn erachtet wird, bey der Tochter aber wird die ausdruckliche Nachlassung erfordert.

9. Drittens wird gefragt, ob Krafft des ersten Versicul dises Art. unter den Worten, ihren Geschwistrigt, oder nächst gesipten Befreundten heimfallen, allein verstanden werde die nähere Freundschafft ohne eintziges Absehen auf die Zweybandigkeit, oder auf das Repræsentations-Recht. Zum Exempel, eine Tochter, die sich ausser Stand verheyrathet, verliehrt von der Vätterlich oder Mütterlichen Erbs-Portion 3000. fl. dise stehet zur Vätterlich oder Mütterlichen Erbschafft, mit einer Schwester, und mit 3. aus dem verstorbnen Bruder gebohrnen Kinderen an, nun wird gefragt, obwohl die Schwester die Kinder des Bruders ausschliesse? Die Ursach zu zweifflen ist, weil der Art. sagt, daß dise Straff denen nächsten Befreundten, den nächst gesipten zu falle. Die Schwester aber ist näher als des Bruders Kinder. Wann man sagt, daß des Bruders Kinder jure Repræsentationes gleich seyen, so kan man gelegentlich antworten, daß hier nicht gehandlet werde vom Erb-Recht, sonder vom Recht, wodurch dise Straff einem zu gelegt wird, die Repræsentations-Recht aber haben ausser dem Erb-Falls Casu nicht Platz.

Herrach setzen wir einen anderen Casum, da ein solche ausser Stand sich verheyrathe Tochter einen Bruder Mutter Seits hinterlaßt, und aus der vorverstorbnen Schwestern 3. Kinder, welchem Theil fallt die Helffte der Vätterlichen oder Mütterlichen Erbschaffts-Portion zu, welche sie durch den Mißheyrath verliehrt? Und es scheint, es seye ebenfalls zu sagen, dem Bruder aus der Mutter. Weil er näher als die Kinder aus der Schwester ist, und hier wird allein vom Gewinn diser Portion, und nicht von einer rechten Erbschafft gehandlet, daß also die Zweybandigkeit nichts auswürckt. Dessen doch ohngeachtet vermeynen wir, daß unsers Art. Absehen seye, daß dise Straff als ein wahres Erb der mißverheyrathen Tochter nächsten Befreundten zu falle, also daß man auf daß Repræsentations-Recht, und Zweybandigkeit sehen müsse, dann obschon der Art. von den Worten der Erbschafft abstrahirt, und meistens redet, folgen, heimfallen, oder zustehen. Nichts desto minder doch, weil die sich ungebührlich verheyrathe Tochter sich allein der Vätterlich oder Mütterlichen Erbs-Portion unfähig macht, folget, daß solche Portion denen übrigen Kinderen, oder wann solche nicht vorhanden, denen nächsten Befreundten zu falle, und zwar aus reinem Erb-Recht, gleichwie, wann eines aus den Kinderen, oder ein Bruder ein Münch worden, sich also der Vätterlich und Mütterlich oder Brüderlichen Erbschafft unfähig macht, seine Portion durch kein anderes Recht, als durch das ordinari Erb-Recht seinen Brüdern zuschiebt, und also mit dem Repræsentations-Recht, und nach der Zweybandigkeit; Welches zu mercken ist auch für jenes, was wir in vorgehenden gesagt haben, weil alzeit die Straffen der wider Verheyrathenden anderen zu fallen, zu deren Favor die Straffen eingeführt worden, Krafft des gemeinen u. unsern Land-Recht nach der Arth zu erben, das ist, daß die nähere die weitere ausschliessen, die Repræsentation die Gleichheit des Grads nach sich ziehe, und die Zweybandige den Einbandigen vorgehen.

10. Viertens wird gefragt, ob nicht ein solche Tochter, die einen Miß-Heyrath trifft, wenigst über die Helffte ihrer Portion, welche sie durch solchen Heyrath verliehrt, zu Favor eines anderen, oder gar Fremden, oder Bruders, oder Befreundtens disponirn könne? Und wir antworten mit Nein, aus Ursach, weilen sie über solche Portion das Dominium verliehrt, über fremde Sach aber niemand disponirn kan.

11. Fünfftens wird gefragt, warum unser Art. in dem vers. doch soll. nicht glathin von allen Adelichen Töchtern, sonder allein von jenen rede, in deren Familien die Verzicht im Brauch seynd? Und wir antworten, daß bißhero in unsern Vatter-Land die Verzicht nicht bey allen Familien im Schwung gehen, sonder allein bey einigen Fürnehmeren und Aelteren, daß also der Art. allein auf dise eingeschränckt worden, und weilen in den letzten Land-Tägen die Sach dahin gebracht worden, daß die Adeliche Töchtern nicht mehr gehalten seyen zu renuntirn, sonder nach empfangnen ehrlichen standmäßigen Heyrath-Guth, ob schon solches weniger als die Noth-Gebühr ist, für verzichne gehalten werden müssen, so folgt, daß diser Art. ietziger Zeit gantz General zu verstehen seye, also daß ein Adeliche Tochter, so sich ausser Stand verheyrath, daß halbe Heyrath-Guth verliehrt, welche Helffte ihren übrigen Geschwistrigten,

ten, oder in deren Abgang, denen Befreundten zu fallen. Wie wir mit mehrern auslegen werden, wann uns GOtt das Leben verlängern wird, bey Auslegung der Bayrischen Novellen oder vilmehr der besonderen Decreten, welche nach und nach von denen Durchleuchtigisten Fürsten publicirt worden.

12. Sechstens wird gefragt, warum hier wir keinen Unterschied unter dem gemeinen und unsern Land-Recht anmercken? Und wir antworten, daß dise gantze Verordnung vom gemeinen Recht fremd seye, in Ansehung dessen die Ehe gantz frey seyn muß, wie wir kurtz hernach sagen werden. Ist also genug, den Art. auslegen, weil eben darum erhellet, daß diß ein besondere Lands-Verordnung seye, welche im gemeinen Recht keinen Grund findet.

diff.

13. Weiters wird die 4te Regul gesetzt, wann die Kinder beyden Geschlechts nicht allein wider ihren Stand sich verheyrath, sonder auch sich mit gar schlechten, leichtfertigen, und liederlichen verschreitten Personen, oder welche infam seynd, verehelicht haben, als, wann ein Sohn eine bekannte offentliche Huer, und unverschämtes Weibs-Bild heyrath, daß die Eltern solche Kinder gar enterben können. Diß kommt einiger massen mit jenem über eins, was in dem 35. Tit. 2. Art. vers. zum zehenden und zum eilfften enthalten ist. Wo unter die Enterbungs-Ursachen gezehlt wird, wann ein Sohn oder Tochter sich leichtfertigen Leben ergeben, wie wir alldort die in citirten Art. enthaltne Wort weitläuffiger ausgelegt haben. Obwohlen aber niemand zweifflet, schändlicher zu seyn, sich selbsten unkeusch und leichtfertigen Leben ergeben, als sich mit einer solchen Person verheyrathen, welches, wie wir anderstwo gesagt haben, ein gutes Werck ist, und wird mit Abläß begnädiget, so wird doch sonderheitlich diß durch einen Unterschied vom gemeinen Recht aus Eyfer die Ehrbarkeit zu erhalten, in unser Vatter-Land verordnet, daß nicht allein die Weibs-Person, welche die Ehrbarkeit zu erhalten mehrers verbunden ist, als ein Manns-Bild, sonder auch ein Sohn enterbt werden könne, wann er sich mit einer solch infamen und unverschämten Person verheyrathet, und diß zum Exempel anderer Orthen; Dann Gomez ad L. tauri 40. schreibt, daß jene, welche ein heimliche Ehe mit einer unwürdigen und unstandmäßigen Person schliessen (welches wir verstehen ohne Vorwissen der Eltern) in Spanien (eben diß schreiben einige von dem Neapolitanischen Reich) mit der Straff der Confiscation der Güther, und des ewigen Elends mit denen Helffern belegt werden, und daß sie

diff.

von den Eltern mit Recht enterbt werden können, wo auch eben Gomez dises Gesatz für gerecht und erträglich haltet. Lese auch den Covar. in quart. decret. part. 2. cap. 3. §. 8. n. 6. Afflict. in const. Neapol. Rubr. 19. per tot. lib. 3. Es lehret Græveus ad Gail. lib. 2. conclus. 95. n. 2. & seq. daß eben diß Rechtens seye in Franckreich und Savoyen Krafft der Constitution Caroli, und im Hertzogthum Cleve und Jülch, ja auch Krafft des Caroli V. Constitution in Niederlanden, wo er er allein redet von den Kinderen, welche ohne Willen der Eltern sich verheyrathen, daß sie Krafft der Statuten scharff bestrafft werden können, also um so mehr, wann sie ohne Bewilligung der Eltern sich verheyrathen mit einer schlecht, verleumden, und leichtfertigen Persohn. Wir thun dise Materi weiters nicht fortsetzen, sonder lassen solche zu untersuchen denen Theologis und Canonisten über. Uns ist genug unser Gesatz, welches geschrieben, auch von etlichen Jahr hundert hero in unsern Vatter-Land heylich gehalten worden, und weilen dise Verordnung von den Reguln des gemeinen Rechts abweicht, so kan man disen gantzen Versicul, wie auch das mehriste, was folgen wird, unter die Unterschied des gemeinen und unsers Land-Recht zählen. diff.

Doch ist zu notirn, daß zu deme, daß die Eltern zum Enterben schreitten können, nothwendig seye. 1. Daß die Ehe würcklich geschlossen seye, ein anderes ist, wann sie zu schliessen nur angefangen, nicht aber zu Ende gebracht worden, dann, weilen die Enterbung eine schwehre Straff ist, so wird erfordert, daß die Sach nicht nur allein angemaßt, sonder die Sach vollbracht worden, weil der nicht zum Werck gebrachte Will nichtig ist. cap. 1. X. de eo, qui mitt. und das im Gemüth behaltne Vorhaben wirckt nichts aus. L. si repetendi. Cod. de condict. ob caus. L. si majores. Cod. de transact. Schneidew. de publ. Jud. §. alia. n. 4. 2. Daß die Ehe ohne Vorwissen und Willen der Eltern geschlossen worden. Dann es scheint, es seye die Ursach so schwehrer Straff vilmehr der Kinder Heimlichkeit, als die mit der leichtfertigen Person getroffne Ehe, wie anscheint, daß solches anerinnere Gomez. loc. cit. ad L. tauri 49. Wo er defendirt, daß die Spanische Constitution absonderlich deßwegen gerecht seye, seye, weil sie die Heimlichkeit der Ehen, die sonsten sehr geschädig, und denen Geistlichen und Weltlichen Gesatz zu wider ist, strafft, weilen aber zu jetzigen Zeiten nach den Kirchen-Rath zu Trient publicirten Schluß die Ehen müssen offentlich vor der Kirch ge- 14.

sche-

schehen, das sie kaum mehr verborgen, und den Eltern unbekannt seyn können.

15. Deßwegen wird 3. gefragt, ob genug seye, wann die Eltern dergleichen Kinderen die mit infamen und verschreitten Persohnen gepflogne Ehen gewußt, und nicht widerstreht haben? Und wir antworten, daß in den Worten unsers Art. der ausdruckliche Consens der Eltern erfordert werde. Obwohlen nun der Stillschweigende für einwilligend gehalten wird, absonderlich in jenen Sachen, welche er mit seinem Widersprechen verhinderen kan, oder deme obliegt, daß er Amts halber widerspreche. Layman. de rer. eccles. alien. thes. 19. Wie meistens von denen Elteren gesagt werden kan, ihres Amts zu seyn, daß sie die ungesittete Kinder von solchen Ehen abwarnen sollen mit gut und bösen Worten auch mit Betrohungen abschrecken, und zu bessern Willen ziehen sollen, jedoch, wann von einer schädlichen Schuldigkeit gehandlet wird, so wird der Stillschweigende niemahl für einwilligend gehalten. L. filius fam. 8. §. invitum. ff. de procurat. Und weilen der Art. den ausdrucklichen Consens erfordert, so scheint, daß der Eltern blosses Stillschweigen die Eltern nicht verbinde, daß sie solche Kinder nothwendig zu Erben einsetzen müssen, und nicht mehr enterben können, absonderlich weilen das Tridentinische Concilium schon vor unsern Bayrischen Land-Rechten publicirt, und nichts desto weniger zu solchen Ehen, welche heimlich nicht mehr getroffen werden können, der Eltern Einwilligung in specie erfordert worden.

16. Was ist aber Rechtens, wann 4. die Eltern ihrem Willen weder darein gegeben, noch abgeschlagen, noch vilweniger den ungehorsamen Sohn enterbt haben? In disem Fall verordnet unser Art. daß ihm nichts desto minder von der Vätterlichen und Mütterlichen Erbschafft mehr nicht als die Helffte von der Noth-Gebühr welches für wahr hart genug ist, dann in dem oben citirten 2. Art. 35. Tit. können zwar der Sohn und die Tochter, wann sie leichtfertig und unkeusch leben, enterbt werden, wann aber sie von den Eltern nicht enterbt werden, so wird aldort nichts verordnetes gefunden, daß sie die Vätterliche oder Mütterlicher Erbschafft, entweders völlig, oder zum Theil verliehren, weilen, jedoch, wie wir kurtz zuvor argemerckt haben, ein schwehrers Verbrechen ist, leichtfertig und unverschamtes Leben führen, als eine Huer heyrathen. Hernach thut unser Art. dise Straff auf die Helffte der Noth-Gebühr erstrecken, welches wohl zu mercken ist, weil geschehen kan, daß der ab intestato anfallende Erbs-Theil die Noth-Gebühr weit übersteigen kan. Zum Exempel, es stirbt ein reicher Mann, welcher allein einen Sohn, und eine Tochter mit 12000. fl. hinterlaßt, diser hat weder ein Testament oder andere Verordnung hinterlassen: Fallt also die gantze Erbschafft disen Kinderen zu, trifft also jedem Theil 6000. fl. weilen aber der Sohn eine unehrliche, verleimde und infame Persohn ohne Vorwissen und Willen zur Ehe genommen, so hätte er zwar von den Eltern können enterbt werden, weilen aber er nicht enterbt worden, so wird gefragt, was ihme von der Eltern Verlassenschafft gebühre? Und der Art. sagt, daß ihme von der Vätterlich und Mütterlichen Erbschafft mehr nicht gebühre, als die Helffte von der Noth-Gebühr: Dise macht bey der Erbschafft von 12000. fl. mehr nicht aus, als 1000. fl. wo entgegen jener, der unkeusch lebt, wann er nicht enterbt worden, nicht allein die gantze Noth-Gebühr, so in 2000. fl. bestunde, sonder die Helffte der Erbschafft, das ist, 6000. fl. bekommete. Wir reden hier vom einem Sohn, der leichtfertig und unverschämt lebt, und von den Eltern nicht enterbt worden, dann wann er enterbt worden, so wissen wir schon, daß er zur Erbschafft der Eltern keinen Zutritt habe, wann er nicht ausdruckliche Verzeichung und Gnad erhalten, aber eben dises scheint hart zu seyn, daß ein Sohn, der eine Huer oder Fettel geheyrathet Krafft der Verordnung des Gesatz an der Eltern Erbschafft beraubt werde, biß zur Helffte der Noth-Gebühr, wo doch der Sohn, der unkeusch lebt, aus Verordnnug des Gesatz, was die Erbschafft der Eltern betrifft, um nichts beraubt wird. Lese, was wir Art. 2. von Enterbung der Kinder geschrieben haben.

Doch wird dise Verordnung. 5. gemilderet, mit dem Beysatz, wann nicht der Vatter oder Mutter ein anderes durch ihren letzten Willen geordnet hätte. Aus welchem erhellet, daß dise Straff der Willkuhr der Eltern unterworffen seye, und gantz recht. Dann wann die Eltern die einmahl im Testament rechtmäßig gemachte Enterbung, wie wir gesagt haben, durch einen ausdrucklich widrigen Willen zuruck nemmen, und die Ursach der Undanckbarkeit nachlassen können, so kan eben so leicht auch dise zu Favor der Eltern eingeführte Straff aus der Eltern Güte und Milde nachgelassen werden. Unter dessen bleibt doch der Unterschied unter disen beyden Fällen, daß der Sohn, der wegen seines leichtfertigen Lebens-Wandel der Enterbung würdig wäre, seinen gantzen Kinds-Theil völlig erbe, wann er würcklich nicht enterbt worden ist, der Sohn aber, welcher eine Fettel oder Huer heyrathet, wann er schon 17.

 vom

vom Vatter nicht enterbt worden, doch der Erbschafft von Rechtswegen beraubt werde, biß auf die Helffte der Noth-Gebühr.

18 6. Ist nothwendig, daß die Eltern die Kinder an ehrlichen Heyrath nicht verhindert, nach dem Sohn über das 30. weder die Tochter über das 25. Jahr aufgehalten haben. Dessen ist die Ursach, weilen dises Alter zum heyrathen das beste ist, wann also die Eltern ihre Kinder über dise Zeit aufhalten, so vernachläßigen sie ihr Amt, und also, wann die Kinder sich nicht standmäßig verheyrathen, ihnen solches selbsten beymessen müssen, und hat dise Straff, und die Enterbung nicht Platz. Es müssen also die Eltern denen in der Welt bleiben wollenden Kinderen um ehrlich und standmäßige Heyrath umsehen, oder solche wenigst nicht verhinderen, damit sie sich inner vorbemelter Zeit nicht selbsten Vorsehung thun, damit ihnen kein Gelegenheit gegeben werde, sich aus Antrieb und Schwachheit des Fleisch dem leichtfertigen Leben zu ergeben, und ein verleimde infame Ehe zu treffen. dißfalls wird in und äusserlich beyder Seits gesündiget, weilen offt die schlipfrige Jugend vor der Zeit aus dem Vätterlichen Hauß entweichen will, und ihme, weiß nicht was für eheliche Freuden und Freyheiten verspricht, und doch hingegen einige ungeschickte Eltern ihnen einbilden, daß sie ohne ihre Kinder nicht leben kömen. Dahero unser gescheidister Gesatz-Geber vor bemelte Zeit der 30. oder 25. Jahren vorgeschrieben hat. Damit nicht die Vögel, ehe Fliegel wachsen, abfliegen, und damit die Eltern solche zu lang im Nest aufhalten.

19. Weiters wird die 5. Regul gesetzt, daß all dises, was bißhero von den Elteren gesagt worden, auch zu verstehen seye von denen An-Herr und An-Frau auch Ascendenten, aus Ursach, weil bey Abgang der Elteren ersten Grads gleiches Amt obliget denen Ascendenten. Es seynd also die Encklen gehalten, in einem so wichtigen Geschäfft, wie die Ehe ist, wovon der gantze Lebens-Stand abhangt, den Rath der Ascendenten einhollen, und wann sie diß nicht gethan haben, so verfallen sie eben in jene Straffen, wovon wir in vorgehenden Art. sattsam schon geredt haben.

Man wird Fragen, weil in dem ersten Versicul dises Art. gesagt worden, daß allein jene Kinder um einen nicht standmässigen Heyrath zu treffen der Eltern Willen nöthig haben, welche unter Verpflegung, Sorg, und Unterhalung der Elteren stehen, die noch in der Elteren Brod seyn. Ob diß auch zu verstehen seye von anderen Ascendenten, daß nehmlich die Encklen um den Consens zu bitten nicht verbunden seyen, wann sie nicht mehr in ihrem Brod seyn, daß also sich selten ein Fall ergeben kan, wo der Ascendenten Willen nothwendig ist, weil kaum einmahl die Encklen in solchen Stand seynd, daß sie in der Ascendenten Brod stehen. Wir aber antworten, daß unser Art. klar seye, daß in Ermanglung der Eltern gleiche Reverenz den Ascendenten gebühre, die Reverenz aber um den Consens zu erbitten, gebührt allein den Elteren, wann die Kinder in ihrem Brod und Sorg stehen, gebührt also auch dise Reverenz denen Ascendenten nur in dem Fall, wo die Denckle in ihren Brod und Sorg stehen. Wir bekennen, daß dise Wort: Die in Gewaltsam, oder Fürsehung ihrer leiblichen Elteren, Vatter oder Mutter seyn. Wir lieber hätten ausgelöschter gesehen, dann, weilen dise Straff denen Kinderen, wegen der injuri auferladen wird, welche sie denen Elteren und der gantzen Familien durch den Miß-Heyrath zu fügen, so hätte ja solche auch auf die Kinder sollen extendirt werden, welche nicht mehr in der Eltern Mues und Brod stehen, weil sich doch Kinder bleiben, und durch solche Ehen die Familie bemacklen, und die Eltern beleidigen, weillen aber das Gesatz also geschriben stehet, so muß es also gehalten werden.

Ein andere Frag ist, ob jenes, was in dem ersten Versicul dises Art. von den Kinderen, welche noch in Gewalt oder Fürsehung der Elteren stehen, gesagt wird, auch zu erstrecken seye, auf den dritten Versicul wurde aber, also daß, wann der Sohn oder Tochter nicht mehr in der Eltern Sorg und Brod ist, nicht allein einen Miß-Heyrath treffen könnte, sonder auch ohne Willen der Elteren eine infame Person, oder Huer frey heyrathen könne? Und wir antworten, daß in disem Versicul von deme, ob die Kinder in der Eltern Mues, Brod, und Sorg stehen oder nicht, nichts verordnet, sonder glathin der Eltern Will erfordert werde, dahero sagen wir ohne Anstand, daß der Eltern Consens nöthig seye, es ist auch nicht erlaubt, von dem ersten Versicul auf den dritten als à minori ad majus zu argumentiren, dann es kan leichter zu gelassen werden, daß einer ohne Consens der Eltern einen Miß-Heyrath treffe, als sich mit einer unehrlichen verleimden infamen Person verehelichte. Gleichwie nun der Sohn, der nicht mehr in der Eltern Mues und Brod ist, nichts desto weniger ein Sohn ist, und daß Recht zur Vätterlichen Erbschafft hat, also, wann er durch solche infame Ehe die Familie und Vattern dergestalten injurirt, daß solche injuri Krafft dises Art. mit der Enterbung bestrafft werden kan, so ist kein Zweiffel, 20.

daß

daß, obschon der Sohn nicht mehr in des Vatters Brod stehet, er doch solcher Gestalten enterbt werden könne, wie bey anderen Ursachen der Undanckbarkeit, wo man nicht auf jenes sieht, ob einer eignen Gewalts seye oder nicht.

21. Man wird weiters fragen, warum den Kinderen männlichen Geschlechts 30. und den Kinderen Weiblichen Geschlechts 25. Jahr anberaumt worden? Wir antworten villeicht deßwegen, weil zu jetziger Zeit die Menschliche Natur, da allgemach die Kräfften abnemmen, spätter pflege reiff zu werden, also daß vor disen Zeiten die Leut die sattsamme Kräfften zur Generation selten erlangen. Des Aristotelis Meynung ist gewesen, daß dem Mannlichen Gschlecht gut seye, daß es sich vor 30. Jahren nicht verheyrathe, und nach 30. Jahren von heyrathen gar abstehen soll, als wolte er sagen, daß selbes sich gar nicht verheyrathen soll.

22. Die 6. Regul ist, von den Kinderen, welche weder Eltern noch Ascendenten haben, sonder noch in der Minderjährigkeit stehen, und zwar wegen der Tochter wird dises verordnet, daß, wann sie noch Minderjährig ist, und ihren Vormunder, oder vilmehr Vorsorger hat, deren Consens haben müsse, wann sie aber keine Vormunder oder Vorsorger hat, weil villeicht sie das 21. Jahr schon überlebt hat, den Consens der nächsten Freund haben müsse, biß nach erfüllten 25ten Jahr, welches wann sie nicht gethan hat, und nach ihren Belieben ohne der Befreundten und der Vorsorger Consens wider ihren Stand sich verheyrath hat, so verliehrt sie von der Vätterlichen und Mütterlichen Erbschafft den 4. Theil ihrer betreffenden Portion, wann sie aber sich mit einer verschreitten, infamen und unkeuschen Persohn verehelicht, so verliehrt sie den 3ten Theil, welcher denen gesitteten Brüderen und Schwestern, oder in deren Abmangel, denen nächsten Befreundten zu fallet:

23. Was aber die Söhn betrifft hat dise 7. Regul Platz, daß ein Sohn, welcher vor erfülten 21. Jahr ohne Consens der Vormunder oder Vorsorger, oder der nächsten Freund, oder deren, wessen Sorg er unterworffen ist, sich verheyrath, das ist, eine Ehe wider seinen Stand trifft, mit der Gefängnuß müsse bestrafft, oder mit einer Straff belegt werden, das ist, mit einer Leibs-Straff, weil die Geld-Straff ausdrucklich ausgenommen wird. Bey disen beyden Reguln ist abermahlen ein und anderes zu untersuchen. Und erstlich warum dise Kinder, wel-

24. che einen Miß-Heyrath ohne der Eltern Willen schliessen, härter gestrafft werden, als, wann sie sich ohne Consens der Vormunder oder Vorsorger, oder der Befreundten verheyrathen, dann Krafft des ersten Versicul eine Tochter, die sich also verehelicht, verliehrt den halben Theil, oder wann sie renuntirt hat, das halbe Heyrath-Guth, und anderer aus der Eltern Erbschafft ihr zustehenden Gewinn, und der Sohn ist nicht befugt, ein Widerlag oder andere Hülff zu begehrn, wann sie aber allein den Consens der Vormunder vernachläßigen, so verliehrt die Tochter allein den 4. Theil von der Eltern Erbschafft, und der Sohn verliehrt gar nichts, sonder wird allein eingelegt, oder sonsten gestrafft, wann er nur nicht um Geld angezogen wird. Aus welchem erhellet, daß dem Sohn die gantze Vätterliche und Mütterliche Erbschafft ohngemindert verbleiben müsse; Und hierauf antworten wir, daß ja ein schwehreres Verbrechen seye, den Consens der Eltern verachten, als der Vormunder oder der Befreundten, weil man denen Eltern die Ehe und Reverenz schuldig ist, denen Vormunderen aber, oder Befreundten allein den Gehorsam. Bey den Eltern schlag in der That 3. Stuck ein, erstlich die Verachtung und injuri, welche ihnen zugefügt wird, 2. die Mackel der gantzen Familien, und 3. die Beleidigung offentlicher Ehrbarkeit, bey den Vormunderen und Befreundten aber wird hauptsächlich nur auf die Ehrbarkeit, und die Bemacklung der Familien gesehen. Ist sich also nicht zu verwundern, wann solches wider die Eltern begangnes Verbrechen schärffer, als das Verbrechen wider die Vormunder und Befreundte bestrafft wird.

Wann man 2. fragt, warum dem 25. Sohn, um der Eltern Consens zu erwerben, der Termin biß auf daß 30. Jahr, aber, um den Consens der Vormunder oder Befreundten zu erlangen allein der Termin biß auf das 21. Jahr, das ist, complet, eingeraumt werde? So antworten wir, daß nach verloffnen 21. Jahr die Vormundschafft und Vorsorgung auslösche, und der Sohn vogtbar werde; Er hat also nicht nöthig, daß nach der Vormunder und Vorsorger ausgelöschten Amt, er von ihnem mehr den Consens begehre. Ein anderes ist bey dem Consens der Eltern, weil der Sohn nach erhaltner Vogtbarkeit doch ein Sohn zu seyn nicht aufhört, wie er aufhört der Vormundschafft unterworffen zu seyn. Und weil das Gesatz vorbesagter massen gewollt hat, daß der Sohn an der Eltern Willen in disem der Familie und der Eltern Ehr betreffenden Geschäfft biß auf das 30. Jahr gebunden seyn solle, so muß er sich dem Gesatz unterwerffen.

Wann man 3. sagt, daß auch ein 26. Weibs-Persohn nach erfüllten 21. Jahr vogt-

vogtbar werde, warum also in disem Art. eingeschränckt werde, daß sie nach geendeter Vormundschafft, und Vorsorgung nichts desto weniger biß auf das 25. Jahr an statt der Vormunder oder Vorsorger bey Straff des Verlursts des 4. Theils von der Eltern Erbschafft den Consens der Befreundten einholen müsse, diß doch dem Sohn nachgelassen werde? So antworten wir, daß der Sohn darfür gehalten werde von bessern Verstand zu seyn, als die Tochter, und dahero, wann keine Eltern vorhanden, diß falls ihme nach erhaltener Vogtbarkeit zu gelassen wird, sich frey zu verheyrathen, wo doch die Tochter nach erlangter Vogtbarkeit noch auf weithere 4. Jahr von den Befreundten der Consens ein zu hollen angehalten wird.

26. Man kan 4. Fragen, warum die Tochter, in dem Fall, wo sie nicht allein ein schlechte, und unstandmäßige Ehe nach der Eltern Todt eingehet, sonder eine infamliche mackelhaffte Ehe schließt, nur um den 3. Theil der Vätterlich und Mütterlichen Erbschafft bestrafft werde, wo doch Krafft des vers. wurde aber 3. wann sie solche Ehe in Lebs-Zeiten der Elteren geschlossen hat, sie zur Straff all Vätterlich und Mütterlicher Erbschafft verliehrt, und mehr nicht als die Helffte von ihrer Noth-Gebühr bekommt? Und wir sagen, es seye aus vorgehenden die Antwort zu geben, daß man nehmlich sich schwehrer versündige durch so schmählichen im Leben der Eltern, als nach deren Todt getroffnen Heyrath, und also auch ein härtere Straff Platz.

27. Aber 5. wird weiters gefragt, weil der vers. wurde sich aber. allein redet von der Tochter, welche sich schmählich oder infam verheyrath, daß sie den 3. Thel von der Eltern Erbschafft verliehre, ob sich diß auch auf den Sohn erstrecke? Die Ursach zu zweyfflen ist, weil in dem vers. wurde aber 3. so wohl des Sohns als der Tochter, welche im Leben der Eltern eine schmähliche Ehe ohne Vorwissen und Willen der Eltern getroffen, Straff gleich ist, daß jedes derselben die Vätterlich oder Mütterliche Erbschafft verliehre, und nur die Helffte der Noth-Gebühr erlange, warum also solle nicht auch nach der Eltern Todt gleiche Straff Platz haben? Weilen aber der Art. in disem Fall, daß der Sohn gleiche Straff leiden solle, kein Wort sagt, so glauben wir uns nicht erlaubt zu seyn, dises auch auf den Sohn zu erstrecken, aus Ursach, weilen die Töchtern allzeit schamhafftiger seyn sollen als die Söhn, und in disem gantzen Art. unter dem Sohn und Tochter, sie mögen sich wider ihren Stand, oder schmählich und infam verehelichen, allzeit, was die Straff betrifft, ein mercklicher Unterschied gemacht wird. Wir zweyfflen also nicht, daß der Sohn nach der Eltern Todt nicht könne gestrafft werden, wann er schon eine offentliche verschreitte Person, oder Huer geheyrathet, weil da weicht der Eltern Ehr und Reverenz, und der Sohn præsupponirt wird vogtbar, und also weder den Vormunderen nach denen Befreundten unterworffen zu seyn. Er kan also mit seinem Ehe-Weib des geistlichen Rechts vollständige Gnaden genüssen, weil in disem Art. ich kein andere Correction finde, und dahero scheint es, daß bey uns diß der einzige Casus seye, wo einer, der sich mit einer unehrbarn Person verheyrath in unsern Land-Rechten gar unbestrafft bleibe, wann er keine Eltern, keine Vormunder und Vorsorger hat, sonder vogtbar ist.

Die 8. Regul ist, daß wann der Sohn vor dem 30. und die Tochter vor dem 25. Jahr ohne Willen der Eltern sich doch ehrlich und standmäßig, wo wider nichts einzuwenden ist, verheyrathen, die Eltern zwar solches nicht verhinderen können, weilen aber vor besagter Massen denen Kinderen um sich ohne der Eltern Willen verheyrathen zu können, ein gewisser Termin gesetzt worden, als denen Söhnen daß 30. und denen Töchtern daß 25. Jahr, deßwegen werden die Eltern, in deren Mueß und Brod und Gewalt die Kinder stehen, disem zu fruhe und vor der Zeit heyrathenden Kinderen ein Heyrath-Guth, oder Widerklagen oder andere Hülff zu geben nicht angehalten, wann sie diß nicht gern thun wollen. Und aus disem vers. ob sich aber. Ist abermahlen ein und anderes anzumercken, das ist, daß diß falls der Sohn und Tochter gleich gehalten werden, dann obwohlen sie durch das heyrathen nicht sündigen, weil præsupponirt wird, daß sie sich ehrlich und ohndadelhafft verehelichen, so thun doch in disem der den Elteren schuldigen Reverenz zu wider gehen, weil sie deren Consens nicht eingeholt haben, und dahin ziehlen ab die Authores, welche nach Lehr Græv. ad Gail. von anderer Länder Gewohnheit Zeugnuß geben, daß auch nur jene Kinder der Straff unterworffen seyen, welche ohne Rath und Willen der Eltern sich verheyrathen, obwohlen ehrlich und undadelhafft. Dann es scheint, daß der Natur und Vernunfft absonderlich in disem wichtigen Geschäfft gemäß seye, daß die Kinder von der Eltern Augenwanck. Abhangen sollen, weil von disem Geschäfft der gantzen Famili Aufnahm, oder Untergang abhanget, wie die Exempel der Heyl. mit sich bringen. 2. Redet diser Versicul wieder holter massen von Kinderen, welche in der Eltern Gewalt Mueß und Brod stehen, wo das Wort Gewalt, wie zu vor, für

für die Sorg, und Unterhaltung der Eltern und nicht für den Vätterlichen Gewalt eigentlich zu nehmen ist, welcher der Mutter nicht zustehet; Wann also 3. die Kinder sich vom Vätterlichen Hauß und Kost begeben, und vogtbar worden, dise haben der Eltern Consens Krafft diser wiederholten Verordnung nicht nöthig. 4. Wird das würckliche Vorwissen und NB. Willen zu gleich mit ein ander erfordert, daß das blosse Vorwissen besagter massen unsers Erachtens nicht genug ist. 5. Doch dise Straff, daß der Sohn oder Tochter, so sich also verheyrathen das Heyrath-Guth, die Widerlag, oder andere Hülff entrathen sollen, wird nicht extendirt über der Eltern Leben, dann, wann sie gestorben seynd, thut die sich inner 30. oder 25. Jahren verheyrathende Person nichts desto weniger mit denen übrigen Kinderen, die Hochzeitliche Hülff empfangen haben, ab intestato zu gleichen Theilen erben. Also daß 6. der übrigen Kinder Heyrath-Güther, Widerlegen, und andere Hülff sie in die Erbschafft einwerffen müssen. Wie wir schon oben bey dem 1. vers. ausgelegt haben. Wann nicht 7. die Eltern ein anderes durch letzten Willen verordnet haben. Endlich 8. wann nicht, wie der Art. zu Ende redet, von ein oder anderen solcher Kinder eine Ent-Erbungs-Ursach begangen worden, wegen welcher es enterbt werden könnte. Wir setzen bey, und wann die End-Erbung erfolgt ist, welches an sich selbsten klar ist.

29. Wann man disem gantzen Art. in einen kurtzen Begriff zusammen nemmen will, so ist es leicht, wann man sagt, entweders thun die Söhn vor dem 30. und die Töchtern vor dem 25. Jahr bey ihrer Verheyrathung der Eltern Consens vernachlässigen, und verehelichen sich übrigens ehrlich und undadelhafft? Und dise werden nicht gestrafft, ausser daß die Eltern, wann sie wollen, ihnen das Heyrath-Guth, die Widerlag und andere Hülff obschlagen können. Oder verheyrathen sich schlecht wider ihren Stand? In disem Fall können die Eltern abermahlen denen Verehelichten das Heyrath-Guth, die Widerlag und andere Hülff abschlagen, und der Sohn verliehrt noch darüber die Helffte von der Vätterlich- und Mütterlichen Erbschafft: Die Tochter aber, so renuntirt hat, die Helffte ihres Heyrath-Guths, auf solche Weiß, wie wir ausgelegt haben. Oder verehlichen sich nicht allein schlecht, wider ihren Stand, sonder auch schmählich und infam? Da können die Söhn und Töchter enterbt werden, wann aber sie nicht enterbt werden, so verliehren sie der Eltern Erbschafft biß auf die Helffte der Noth-Gebührnuß, wann nicht die Elteren ein anderes ordnen. Es müssen also die Kinder bey ihrer Verheyrathung sehr sicher gehen. Damit sie nicht bey Umgehung des Consons der Elteren sich so schwere Straffen über den Halß ziehen. Wann der geneigte Leser zu sehen verlangt, was die Canonisten und Theologi von dergleichen Statuten halten, so kan gelesen werden Molin. de Instit. & jure tract. 2. disp. 176. n. 16. Suarez. lib. 4. disp. 24. & 25. per tot. wo sie unsere Statuten bequehmigen.

Und dise heimlich, das ist, ohne der Eltern Vorwissen und Willen geschlossene Ehen der Kinder thut unser Art. also verhassen, daß auch die Helffer, welche Gewinns, Nutzens, oder anderen Respects halber zu solchen Ehen helffen und Rath, oder auf andere Weiß Gelegenheit geben, sie mögen was Stands oder Würde seyn, wie sie wollen, von ihren Obern bestrafft werden müssen. Aber mit was für einer Straff sie zu belegen seyen, das wird des Richters Ermäßigung überlassen, welcher nach Erwegung der Umständ, und Qualität der Personen die Sach milderen muß. Unter dessen vermeynen wir, daß, weil unser Art. den Sohn selbsten, welcher sich durch Heyrathen ohne Consens der Eltern verfehlt, wenigist, nach dem die Eltern gestorben, einzulegen, oder mit anderen Leibs-Straffen zu belegen, aber um Geld zu straffen nicht befielcht, eben dergleichen auch bey denen Helffern und Rath-Gebern zu beobachten seyn, weil anscheint daß das Gesatz von disen Straffen dem Fisco nichts einraumen will, wie wir schon oben erinnert haben. 30.

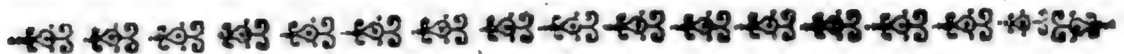
Und dahero, wann man fragt, wie die letzte Wort des vers. wurde sich aber (wo gesagt wird, daß die Straff des dritt oder 4ten Theils, in welche die nach Absterben der Eltern sich schmählich verheyrathe Tochter verfallt, ihren Brüdern und Schwesteren oder Befreundten zu geben müsse, wann nicht villeicht sie keine Befreundte mehr im Leben hat:) zu verstehen seyen? So wird geantwortet, daß in dem Fall, wo ein solch sich verfehlende Tochter keine Freund hat, ihr gantze Erbschafft behalte, weil dem Fisco durch solche Ehe kein injuri zu gefügt wird, sonder allein der Familien, welcher demnach zur Satisfaction aus Verordnung des Gesatz die Straff applicirt wird, wann kein Freund verhanden ist, so erlöscht eben darum die Straff. 31.

Es hätte zwar anscheinen können, daß diser gantze Art. allem zu Favor Adelicher Personen verfaßt worden, weilen sie bey Adelichen Familien die hauptsächliche Sorg haben, damit nicht durch unanständige Ehen der Famili eine Mackel angehenckt werde, und dahero wird zu End des Art. gantz 32.

recht beygesetzt, daß jenes was dißfalls gesagt worden, auch von anderen wie von Adelichen zu verstehen seye, weilen auch zu Zeiten Unadelichen in grossen Ansehen, stehenden Personen die Erhaltung ihrer Familien zu Hertzen gehet, und selten sich wider ihren Stand verheyrathen. Besag des Cleobolii Lindii Aussag: Soll eine Frau von gleichen Stand heyrathen, dann wann er eine auch den Mächtigern ehches, der hat keine Schwäger sonder Herrn, heyrath er eine vom schlechteren Stand, wird er veracht, mit welchem die übrige 6. Weise des Griechen-Lands eingestimmt haben, wie zu sehen ist bey Tyraquel de Leg. connubial. lib. 5. Gloss. 1. part. 5. n. 16. heutiges Tags wird aus dem Ovidio gesagt.

Si qua voles aptè nubere, nube pari.

Gewiß, weil der 2. Art. 35. Tit. welcher zulaßt, daß die unkeusch Lebende von den Eltern enterbet werden können, nicht allein für die Adeliche Personen, sonder auch für die übrige Leuth geschrieben worden, welche die Ehrbarkeit lieben also auch diser Art. welcher meistens die schmachliche und infame von den Kinderen ohne Rath Wissen und Willen der Eltern geschloßne Ehen verhaßt, ist sowohl für die gemeine ehrliche die Ehrbarkeit liebende Leuth, als für die Adeliche geschrieben worden.



Des XLI. Tituls

Von Erbschafften auf die Seiten.

Erster Articul.

Stirbt ein Person ohne Geschäfft, und verlaßt keinen Erben in ab oder aufsteigender Linie oder Sipt-Zahl, so erben dieselbe Person ihre Geschwistergit von beden Banden, und derselben Kinder, gleich mit ein ander, vor allen anderen Freunden, auch vor Geschwistergitten eines Bands und derselben Kinder. Ist aber der abgestorbenen Person Geschwistrigit keines mehr im Leben, sonder seyn alle alle zuvor Todts vergangen, haben aber Kinder in ungleicher Anzahl verlassen, so erben dieselbige Kinder alle zu gleich in die Häupter eines so vil als das ander, so wohl in Lehen, als eigen, so vilen deren Lehens-Erben seyn mögen.

Summaria.

1. Wann keine Erben ab oder aufsteigender *Lini* verhanden, ob nicht das erben die zweybandige Geschwistrigit treffe?
2. Ob die Bruders Kinder mit den Vatters Brüderen und Schwesteren gleich *in stirpes* erben.
3. Was das *repræsentations*-Recht seye, *item* was das erben *in stirpes* seye?
4. Ob die Bruders Kinder, wann keine Vatters Brüder oder Schwester verhanden, in die Häupter und also eignen Rechts erben?
5. Ob mehrere Encklen, ohne Vatters oder Mutters Brüder oder Schwestern in die Häupter eignen Rechts, oder *in stirpis jure representationis* erben?
6. Ob nicht die Kinder der Brüder, so ohne Vatter oder Mutters Brüder zur Erbschafft beruffen seynd, denen Stieff-Brüderen weichen müssen, weil sie um einen Grad weiter seyn?
7. Ob die Stieff-Brüder von Vatter, allein zur Vätterlichen Erbschafft und die Stieff Brüder von der Mutter allein die Mütterliche Erbschafft erben?

Bißhero haben wir vom Erben der Kinder und Eltern gehandlet, jetzt schreitten wir zur dritten Ordnung, welche die Seiten-Freund betriffe, worin unser Land mit dem gemeinen Recht über eins stimmt, und wird verordnet.

1. Erstlich, daß, wann keine Erben ab oder aufsteigendter Lini verhanden, das erben

ben vor allem die zweybandige Geschwister-git treffe, das ist, welche aus einem Vatter und einer Mutter gebohrn seynd, die Sachsen nennen es, die ungezweyte Brüder und Schwesteren das ist, Brüder, und Schwester von voller Geburth, oder beyden Banden. Und dise erben den Häupteren nach, das ist, machen so vil Theil als Personen seynd, so vil Mund, so vil Pfund. Novell. 118. cap. 3. auth. cessante Cod. de legit. hæredit. & ibid. DD. Aus Ursach, weilen die rechte Brüder und Schwestern zur Erbschafft auch mit den Eltern und Ascendenten zugelassen werden, wann also keine Eltern und Ascendenten vorhanden, so erben sie allein, weil bey der Seiten Lini sie die erste seynd. Und wird dißfalls heut zu Tag kein Unterschied mehr gemacht unter dem Geschlecht, ob sie zweybandige Brüder oder Schwestern, oder ob sie noch in Vätterlichen Gewalt, oder emancipirt, oder alle in der Ehe gebohren, oder einige zuvor erzeugt, aber durch folgende Ehe legitimirt seyn, von welch allem wir schon oben gesagt haben. Wie dann auch gelesen werden können Forster de success. ab intest. Lib. 8. cap. 1. Oldendorp. in epit. success. ab intest. n. 21. Manz. de success. ab intest. tit. 26. in princ. n. 4. & seq. sie seyn weltlich oder Geistlich, ja auch Religiosen, das ist, welche in ein Closter gangen, welches insgemein Güther haben kan, und die Stell des Religiosen vertritt. L. eo nobis Cod. de Episcop. & cler. von welch allem wir schon oben geredt haben.

2. 2. Wird geordenet, daß, wann ein oder der ander aus den zweybandigen Brüderen oder Schwestern gestorben, und aus ihm Kinder beyden Geschlechts hinderlassen, die Kinder des Verstorbnen zu gleich mit den übrigen Brüderen und Schwestern zugleich jure repræsentationis in stirpes zur Ebschafft zu gelassen werden. Daß ist, alle des verstorbnen Kinder bekommen mit denen übrigen Brüder und Schwestern nur einen aber gleichen Theil, der wider unter ihnen zu vertheilen ist. Zum Exempel, ich stirb, und hinterlaß nach mir einen rechten Bruder, und Schwester, aus dem anderen verstorbnen Bruder aber 3. und aus der verstorbnen Schwester 4. Kinder; Alsdann wird meine Erbschafft in 4. Theil abgetheilt, deren einen der Bruder, den anderen die Schwester, den dritten des verstorbnen Bruders 3. Kinder, und den 4. Theil der verstorbnen Schwester, 4. Kinder, die erstere in die Häupter, die letztere aber jure repræsentationis in stirpes, bekommen.

3. Wann man fragt, was das Repræsentations-Recht seye, so antworten wir, daß es nichts anderes seye, als das Recht in die Stell des Vatters oder Mutters einzutretten in Krafft solcher Person zu erben, oder die Repræsentation ist ein Erb-Recht, wo die Kinder weiteren Grads, welche in die Stell des Vatters oder Mutters eintretten, und ihre Person vorstellen, mit denen näheren Befreundten in stirpes auf gleiche Weiß erben. Forster de success. ab intest. Lib. 4. cap. 19. Item wir antworten, wann man fragt, was das Erben in stirpes seye, und sagen, daß mehrere so Kinder aus einem rechten Bruder oder Schwester gebohrn, so vil sie immer seynd, allein solche Portion bekommen, welche ihr Vatter oder Mutter bekommen hätten, wann sie wurden gelebt haben. dict. Novell. 118. cap. 3. §. fin autem. & auth. cessante. Cod. de legit. hæred. Recess. Imp. Norimb. de Anno. 1521. Oldendorp. loc. cit. n. 22. Manz n. 44. & seq.

3. Wird verordnet, daß, wann der Verstorbne keine zweybandige Brüder oder Schwestern mehr hinterlassen, sonder aus disen lauter Kinder verhanden, zum Exempel, aus dem zweybandigen Bruder 3. und aus der zweybandigen Schwester 4. Kinder, dise 7. Kinder erben nicht mehr in stirpes, sonder in die Häupter so vil Pfund, so vil Mund, nimmt ein jedes so vil als das andere, wie der Art. redt. Aus Ursach, weil in disem Casu, sie schon aus eignen Recht erben, und nicht jure representationis in der Person ihrer Eltern. In welchem der gröste Unterschied unter dem Repræsentations-Recht in absteigender Lini, und in der Seiten Lini bestehet, weilen, wie wir oben gesagt haben, das Repræsentations-Recht in absteigenden Lini unaufhörlich Platz hat, also daß die Ur-Enckle mit dem Sohn oder Tochter, mit denen Encklen und Ur-Encklen erben können, doch also, daß allzeit sie in stirpes erben, wo doch in der Seiten-Lini, wie wir kurtz hernach hören werden, das Repræsentations-Recht sich über der Brüder und Schwester Kinder nicht erstreckt, noch vil weniger dergleichen weitere oder entferndere Kinder mit den vorigen jure repræsentationis zum Erben zulaßt. Damit die Sach klärer werde, setzen wir ein Exempel. Der Titius hinterlaßt einen Sohn, hernach aus dem anderen verstorbnen Sohn 2. Enckle, und endlich aus dem dritten Sohn 3. Ur-Enckle, nach dessen Todt wird die Erbschafft in 3. Theil abgetheilt, deren einen der Sohn, den anderen die zwey Enckle, und den dritten die 3. Ur-Enckle: Der erste aus eignen Recht, die Enckle und Ur-Encklen aber jure repræsentationis, wo entgegen, wann der Titius einen Bruder, und aus dem anderen verstorbnen Bruder,

zwey Kinder, aus dem dritten Bruder aber 3. Encklen hinterlaßt, so wird die Erbschafft allein in 2. Theil abgetheilt, wovon den erst der Bruder, den anderen des verstorbnen Bruders 2. Kinder, und dise zwar jure repræsentationis bekommen, des dritten Bruders Encklen aber werden völlig ausgeschlossen, aus vor schon bemelter Ursach, weilen obwohlen die Repræsentation in der absteigenden Lini unaufhörlich und allzeit Platz hat, doch in der Seiten-Lini, sich über der Geschwistrigit Kinder nicht erstrecke.

5. Gleichwie hingegen, wann in der Seiten-Lini, wie wir erst gesagt haben, die Bruders Kinder ohne Vatters oder Mutters Brüder oder Schwestern erben, sie in die Häupter erben, mehrere Encklen aber, welche ohne Vatters oder Mutters Geschwistrige erben, nicht in die Häupter erben, sonder jure repræsentationis in stirpes. Im Exempel wird die Sach klärer; Setze, daß ich 3. Söhn habe, den Titium, Sempronium, und Cajum, welche alle vor mir sterben, der Titius aber hat allein ein Enckle, der Sempronius 2, und der Cajus 3. hinterlassen, dise 6. Enckle erben nicht in die Häupter, wann sie schon gleichen Grads seyn. Aus Ursach, weil sie nicht aus eignen Recht erben, sonder jure repræsentationis in die Stell ihrer Eltern eintretten, und also meine Erbschafft in stirpes, abtheilen, das ist, in 3. Theil, deren einen das Enckle vom Titio, den anderen die 2. Enckle vom Sempronio, und den dritten die 3. Enckle vom Cajo bekommen. Ein anderes ist, wann man setzt, der Titius und Sempronius meine Söhn seyen vor dem dritten Bruder Cajo gestorben, und der Titius habe einen Sohn, der Sempronius aber 2. Söhn hinterlassen, nachgehends aber seye der Cajus ohne Kinder gestorben, also daß die Söhn des Titii und Sempronii dessen Erben ab inteſtato seynd. Gewiß dise erben in capita, und vertheilen des Caji ihres Vatters Bruders Erbschafft in 3. Theil. Aus Ursach, weil ihr Erben, da keine Vatters oder Mutters Brüder oder Schwestern verhanden, nicht mehr jure repræsentationis geschieht, wie bey den Söhnen, sonder aus eignen Recht, und in jedes eigner Person. Was man sagt, warum diß so unterschiedlich bey den Kinderen, und Bruders Söhnen verordnet worden? So antworten wir, daß unsers Erachtens diß geschehe, weil das Erben der Kinder weit natürlicher ist, als der Seiten Befreundten, dann die Natur selbsten giebt ein, wann nicht die Eltern sonderheitlich ein anderes verordnet haben, daß der Eltern Güther zu gleichen Theilen den Kinderen zu fallen sollen, welches nicht geschehete, wann nach verstorbnen Kindern die Encklen in ungleicher Anzahl lebeten, und in die Häupter erbeten. Dise natürliche Ursach aber waltet bey den Seiten-Erben nicht ob, wann der Brüder und Schwestern Söhn, ohne Vatter oder Mutters Brüder oder Schwestern zur Erbschafft beruffen werden, weil das Erben der Seiten Befreundten durch das natürliche Recht nicht eingeführt worden, wie das Erben der Kinder.

Man wird widersetzen, wann der zweybändigen Brüder oder Schwestern Kinder allein ohne Vatters oder Mutters Geschwistrigte verhanden seynd, alsdann werden sie angesehen, als thäten sie jure repræsentationis in die Stell ihrer Eltern eintretten, müssen also bey der Erbschafft ab inteſtato denen einbandigen Brüdern oder Schwestern weichen, weil sie um einen Grad weiters entfernd seyn. Hierauf wird geantwortet, daß vor Altem unter den Rechts-Gelehrten ein grosser Stritt gewesen, wann der Brüder Kinder ohne Vatters oder Mutters Geschwistert zum erben beruffen werden, ob sie in stirpes oder in capita erben? Daß sie in stirpes erben, hat Accuesius und seine Anhänger defendirt, daß sie in capita erben, hat Azo mit grosser Anzahl seiner Anhänger behauptet, dessen Meynung den Vorzug erhalten, und ist auf dem Reichs-Tag zu Speyer Anno 1529. vom Kayser Carl dem V. mit aller Ständen Einwilligung approbirt worden, welche Meynung auch unser Durchleuchtigister Gesatz-Geber in disem Art. bestättiget hat. Obwohlen in der alten Reformation von Anno 1588. wo Tit. 47. Art. 1. des Azonis Sentenz ausdrucklich verworffen, und des Accuesii Meynung approbirt worden, welche in der Vernunfft und der alten Juristen Meynungen gegründet ist. Dessen ist ja kein andere Bequemlichkeit gewesen, also daß der Kayser Carl der V. mit einhelligen Willen aller Reichs-Ständ all widrige Gewohnheit im Reich auf einen gewissen Termin des Monaths Augusti abgethan hat: Ob diß wohl geschehen? Lasse ich dem geneigten Leser zu ermessen über, weil das bessere in das schlimmere verändert worden. Wann man also den Schluß machen will, daß deßwegen sie denen Stieff-Brüderen und Schwestern als um einen Grad näheren weichen müssen. So antworten wir mit Nein. Wir können aber kein andere Ursach geben, als daß diß geschehe aus einem Special-Privilegio, welches vom Kayser Carl dem V. und den Reichs-Ständen der zweybandigen Brüder und Schwester Kinder mitgetheilt worden. Dann all andere Ursachen, welche die DD. dißfalls beybringen, seynd unkräfftig, und gewiß ist die Meynung des Accuesii

wann

wann man die natürliche Ursach betracht, wie Forster lib. 8. de success. cap. 3. ad fin. sagt, wahrhaffter ist: Aber seine natürliche Ursach, die er allda anführt, bestättiget vilmehr jenen Unterschied, welchen wir kurtz zuvor angeführt haben, unter den Encklen, so ohne Vatters und Mutters Geschwistrigen erben, und unter der Brüder Kinder welche ohne Vatters und Mutters Geschwistrige erben, dann der Eltern natürliche Antrib ist, daß sie ihre Kinder hinterlassen alle gleicher Gestalten bereicht, und dahero die Absteigende allzeit in stirpes erben, dann gleichwie, wann man setzt, daß ein Baum drey Aest ausschiebe, deren einer vier der andere drey und der dritte ein Zweig schiebt, nothwendig ist, daß der dritte Ast dicker werde, und die übrige aber endlich zu Grund gehen, wann der Safft und Fette des Baums gleicher Gestalten allen Aesten, wie denen Zweigen mitgetheilt wurde, also auch ist grössere Sorg auf die Aest, als auf die Zweiglen zu tragen, damit nicht, da die Sprossen gar zu sehr anwachsen, der gantze Baum zu Grund gehe. Ein anderes ist, bey der Brüder und Schwester Kindern, weilen allda die Sorg der Fortsetzung des Stammens nicht ist, und also, so vil immer Sprossen erwachsen, solche dem Glück überlassen werden. Uns ist genug, daß das Gesätz also geschriben stehet, dann jene seynd gar zu scrupulos, welche von denen Lands-Fürsten und Gesatz-Gebern die Ursach ihrer Verhandlungen haben wollen, welche sie selbst von ihren Handlungen nicht geben konnen.

Endlich zweyflen einige, ob nicht wenigist unter den Güthern ein Unterschid zu machen seye, also daß mit den zweybandigen Brüdern, auch die einbandige Brüder vom Vatter zur Erbschafft der Vätterlichen Güthern zugelassen werden, und die einbandige von der Mutter zur Erbschafft der Mütterlichen Güther? Sie wollen aber einträchtiglich, daß kein Unterschied in den Vätterlichen oder Mütterlichen oder anderen Güthern gemacht werden soll, sonder, daß die zweybandige Brüder und Schwestern glathin erben, und die Stieff-Brüder und Schwestern in Vätter- und Mütterlichen ja auch anderen Güthern ausschliessen. Krafft des Text in L. de emancipatis 13. §. 2. in fin. Cod. de legit. hæred. Schneidew. de success. frat. & sor. germ. n. 6. Aber eben dises ist in der alten Reformation de Anno 1588. tit. 46. art. 2. anderst verordnet, und der Unterschied der Güther als Ursprung sehr viler Strittigkeiten unter den Vätterlichen Güthern zugelassen worden, welcher hier Orths gantz recht verworffen wird, wie wir kurtz hernach wider angreiffen werden. 7.

Der anderte Articul.

Wo aber keine Geschwistergit von beyden Banden, oder derselben Kinder verhanden seynd, so erben alsdann Geschwistergit von einem Band allein, und derselben Kinder zugleich alle Haab und Güther, so die verstorbne Personen hinterlassen, ohne Unterschied, ob sie von Vätter- oder Mütterlichen Seiten, an das verstorben Geschwistergit kommen. Wäre aber kein solch Geschwistergit von einem Band im Leben, sonder alle verstorben, hätten aber Kinder in ungleicher Anzahl verlassen, so erben sie auch in die Häupter, wie im nächstvorgehenden Articul von Geschwistrigten von beyden Banden gesetzt ist.

Es erben auch die Geschwistergit Kinder von einem Band, und derselben Kinder, vor Geschwistergit Enicklen, die von zweyen Banden seynd.

Summaria.

1. Welche *consanguinei*, und *uterini* genennt werden, und wann sie erben?
2. Ob die Kinder der *Consanguineorum* und *uterinorum iure repræsentationis*, und mit Vatter oder Mutters Geschwistrigen zum Erben zugelassen werden?
3. Ob sie *in Capita* oder *in stirpes* erben, und ohne Unterschied der Vätter- oder Mütterlichen Güthern?
4. Wann die Enicklen von zweybandigen Bruder oder Schwester verhanden seynd, ob sie von

denen *Consanguineis* und *uterinis* ausgeschlossen werden?

5. Ob die einbandige Brüder vom Erben ausschliessen des zweybandigen Bruders Vatters oder Mutters Bruder und Schwestern?

Der erste Grad nun der Seiten-Erben, welche ab intestato erben, ist der zweybandigen Brüder und Schwestern, und deren Kindern beyden Geschlechts, sie mögen mit oder ohne Vatter und Mutters Brüder erben.
1. Wann aber von disen niemand verhanden, so erbet der andere Grad, nemlich die Stiff-Geschwistergit, oder die Brüder und Schwestern Vatter oder Mutter Seits. Die Brüder und Schwestern Consanguinei werden genannt, welche aus einem Vatter gebohrn seynd, aber zweyerley Mütteren haben. Die Brüder und Schwester Uterini aber seynd, welche von einer Mutter aber zerschidenen Vätteren gebohrn seynd: Dise Brüder und Schwestern werden gemeiniglich Stiff-Geschwistrigt genannt. Einige erstrecken auch dises Wort auf jenen Casum, wann der Wittiber eine Wittib heyrath, und jeder Ehe-Theil aus der vorigen Ehe gebohrne Kinder einander zubringen: Aber dise werden unter dem Namen Brüdern und Schwestern nicht begriffen, also daß, wann man setzt, der Mann habe zwey Söhn gehabt, und das Weib zwey Töchtern, jeder Sohn ihrer Stieff-Mutter Tochter heyrathen kan, weilen kein Freund oder Schwagerschafft Hinternuß im Weeg stehet, welches denen Unerfahnen fremd vorkommt.

Nun von disen Brüdern und Schwestern werden in disem Art. einige Reglen gesetzt; Deren die erste ist, daß, wann keine zweybandige Brüder oder Schwestern, oder keine Kinder von ihnen verhanden seynd, selbige erben, und denen übrigen Befreundten ab der Seiten vorgezogen worden. Auth. post fratres Cod. de legit. hæred. Novell. 118. cap. 3. vers. his autem non existentibus. sivè sint fratres sivè sorores. Weil aller Unterschied des Geschlechts dißfalls aufgehoben worden. Dict. Auth. post fratres Cod. de legit. hæred.

Die andere Regul ist, daß auch die Kinder der Stieff-Bruder Jure repræsentationis in die Stell ihrer Elteren eintretten, und mit denen Brüder und Schwesters Brüdern und Schwestern zu gelassen werden. Aus Ursach, weilen nichts im Weeg stehet, Warum nicht auch jene, wie die Kinder der zweybandigen Brüder, daß Repræsentations-Recht genissen können.

2. Die 3. Regul ist, wann die Kinder der Stieff-Brüder, da neben ihnen keine Vatters oder Mutters Geschwistrigte verhanden, sie allein zur Erbschafft beruffen werden, wie die Kinder der zweybandigen in Capita, und nicht in Stirpes erben. Aus Ursach, weilen die Constitution des Caroli V. glathin redet von der Brüder und Schwestern Kindern, aber auch die Stieff-Brüden und Schwestern werden auch mit Recht Brüder, und die Stieff-Schwestern mit Recht Schwestern genannt, also auch in ihren Kinderen dise Freyheit zustehet, da sie in capta erben.

Die 4. Regul ist, daß die Stieff-Brüder, und ihre Kinder ohne Unterschied der Gütter erben, ob solche Vätter- oder Mütterlicher Seits dem verstorbnen Bruder oder Schwester zukommen. Aus Ursach, weilen die Güther, nachdem sie denen Brüdern und Schwestern zugekommen, aufgehört haben, Vätter- oder Mütterliche Güther zu seyn und seynd Brüder Güther worden. Ist also kein Unterscheid mehr nöthig, welcher nichts als ohnnöthige Stritt und Händl verursachen kan, da die Stieff-Geschwistrigte untereinander streitten, ob dise oder jene Güther in der Erbschafft vom Vatter oder Mutter herstammen, wie wir schon oben bey dem 4. Art. 40. Tit. vollständiger ausgelegt haben. Dem gemeinen Recht nach lassen die D. D. gemeiniglich disen Unterschied der Vätterlichen und Mütterlichen Güthern zu. Krafft des Text. in L. de emanc. 13. Cod. de Legit. hæred. Forster de success. cap. 8. per tot. Schneidew. de success. uter. & consang. n. 21. Mynsing. ibid. n. 7. Harprecht de hæred. quæ ab intest. n. 441. & seq. deren Meynung, wann wahr ist, obwohlen andere sehr zweifflen, so müßte man unter dem gemeinen und unsern Land-Recht einen Unterschied ansetzen. Wir aber haben schon oben gesagt, daß diser Unterschied zu verwerffen seye. Lese den n. 7. in vorigen Art.

Die 5. Regul ist, daß die Stieff-Brüder und Schwestern, und ihre Kinder auch ausschliessen die Encklen, wann einige aus einem zweybandigen Bruder oder Schwester verhanden seynd. 4. Zum Exempel, der Titius hat aus zweyen Frauen 4. Kinder hinterlassen, deren die erste zwey rechte zweybandige Brüder seynd, einer aus ihnen stirbt, und laßt hinter sich keine Kinder, sonder aus einen vorverstorbnen Sohn zwey Encklen. Jetzt ist die Frag, ob, wann hernach der andere zweybandige Bruder ohne Descendenten stirbt, dessen Erbschafft die 2. Enckle aus dem ersten zweybandigen Bruder bekommen, oder ob solche die 2. Stieff-Brüder

erlangen? Und wir antworten, daß die zwey Stieff-Brüder erben, und die Encklen des rechten Bruders ausschliessen. Aus Ursach, weil sich weder das Repræsentations-Recht, noch das zweifache Band über der Brüder-Kinder nicht erstreckt, ja, wann man setzt, daß beyde Stieff-Brüder auch vorverstorben seyen, jeder aber Kinder hinterlassen habe, so schliessen auch ihre Kinder die Enckle des rechten Bruders aus, weil sie um einen Grad näher seynd, und zugleich auch Jure repræsentationis in ihrer Eltern Fußstapfen eintretten.

5. Und obwohlen unser Art. von disem nichts sagt, so ist doch die 6. Regul, daß die Stieff-Brüder und ihre Kinder auch von der Erbschafft des verstorbnen zweybandigen Bruders Vatters und Mutters Brudern der Mutter Schwester und Vatters Schwester ausschliessen. Auth. post fratres Cod. de legit. hæred. Nov. 118. vers. quandoquidem. Aus Ursach, weilen die Stieff-Brüder und Schwestern, um einen Grad näher seynd, und weilen ihre Söhn Jure repræsentationis in die Stell der verstorbnen Eltern eintretten, mit den Brüderen und Schwestern gleichen Grads werden. Was ist aber Rechtens, wann der Stieff-Bruder und Schwestern Kinder keine Vatter oder Mutters Brüder neben ihnen haben, sonder nachdem solche zuvor verstorben, sie allein aus eignen Recht in Capita erben? Und es scheint, es seye zu sagen, daß sie den Vatters und Mutters Bruder ꝛc. nicht ausschliessen, weil solcher Brüder und Schwestern Söhn, die in eignen Recht erben, um keinen Grad näher seynd, weil sie Jure repræsentationis nicht erben. Dessen doch ohnerachtet ist glaublicher, daß auch dise Freyheit der Stieff-Brüder und Schwestern Kinderen ex privilegio Caroli V. zustehe, wie denen Kindern der zweybandigen Brüder und Schwestern, weilen, wie wir gesagt haben, sie wahre Brüder und Schwestern seynd, aber der zweybandigen Geschwistrigen Kinder, die aus eignen Recht in Capita erben, schliessen doch aus den Vatters oder Mutters Bruder ꝛc. also auch die Kinder der Stieff-Brüder und Schwestern schliessen solche aus. Forster lib. 8. cap. 9. Manz de succesf. ab intest. tit. 7. ad princ. per tot. Wo er zu End beysetzt, weilen anscheint, daß die Elteren in ihren Kindern noch leben, welche Ursach doch nicht schließt, weil auch anscheint, daß sie auch in ihren Encklen leben, welche doch den Vatters und Mutters Bruder nicht ausschliessen.

Der dritte Articul.

Uber die obbestimmten Fäll, und oben angezeigte Personen, so erbte jeder nächste Gesipt Freund, einer oder mehr, des Abgestorbnen Haab und Guth, wo kein Geschäfft verhanden ist, ohne Unterschied ännliches und Weibliches Stammen, oder Vätterlich- oder Mütterlichen Guths, es rühre die Sipt-Zahl von einem Band her, oder von zweyn.

Summaria.

1. Ob das Repræsentations-Recht, und dopplete Band über der Brüder Kinder sich erstrecke, und ob unter den übrigen Befreundten allzeit der Nächste den Weitern am Grad bey der Seiten Erbschafft ausschliesse?
2. Weil bey denen Seiten Befreundten sich ein Lini auffsteigend und absteigend sich ergibt, ob dise der andern vorgehe?
3. Wie weit sich der Seiten-Freund Erbschafft erstrecke.
4. Was Rechtens, wann der nächste Freund die Erbschafft nicht annimmt, ob der weiter solche erben könne?
5. Wann die Nähere von Rechtswegen, wie die Hurn-Kinder ꝛc. ausgeschlossen werden, ob die Weitere am Grad erben?

1. Nach denen zweybandigen Brüdern und Schwestern, und deren Stieff-Schwestern und Brüdern, und ihren Kindern erben alsdann alle Seiten Erben, wer derselben am Grad der Nächste ist, also der Nächste allzeit den Weitern ausschließt, die am Grad gleiche aber, auch gleich erben und zwar in Capita, das ist nach Anzahl der Personen. dict. Novell. 118. cap. 3. in fin. & auth. post fratres Cod. de legit. hæred. Aus Ursach, welche wir schon öffters gegeben haben, weilen weder das Repræsentations-Recht, noch das dopplete Band sich über der Brüder nicht erstreckt, noch Krafft unsern Statuten einiger Unterschied unter den Vätterlichen und Mütterlichen Güthern zugelassen wird, daß also allzeit ohne Zweiffel ist, daß der

aus

aus denen Befreundten der nächste in Grad ist, auch in der Erbschafft vorgezogen werde, es mag solche Persohn Männlich- oder Weiblichen Geschlechts, ein Agnat, oder Cognat, oder in Vätterlichen Gewalt, oder emancipirt, Weltlich oder Geistlich seyn, ja auch ein Religios, wann das Closter, wo er die Profession abgelegt, hat, Güther besitzen kan; Welches die gantze Substanz dises dem gemeinen Recht gantz einstimmigen Art. ist, es wird aber allzeit præsupponirt, daß vom Verstorbnen kein letzter Will verhanden seye, Krafft der Wort: Wo kein Geschäfft verhanden ist. Dann so lang hat das Erben ab intestato nicht Platz, so lang vom Verstorbnen ein letzter Will und Verordnung verhanden ist, welches auch in dem 1. Art. dises Tituls gleich Anfangs erinnert worden.

2. Wann man fragt, weilen auch bey denen Seiten-Befreundten Agnaten, und Cognaten sich Ascendenten und Descendenten ergeben, ob nicht wenigist die absteigende Freund denen Ascendenten vorgezogen werden? Wir antworten, daß bey der Erbschafft der Seiten-Freund keines Weegs auf die aufsteigend oder absteigende Lini gesehen werde, und dahero wird meines An-Herrn Bruder, wann er schon einer aus aufsteigender Lini ist, durch die Encklen meines Bruders nicht ausgeschlossen, weil sie in gleichem, das ist 4ten Grad stehen.

3. Wann man 2. fragt, in wie weit sich die Erbschafft der Seiten-Freund erstrecke? So antworten wir, obwohlen einige, wie wir anderstwo gesagt haben, das Erben der Befreundten unaufhörlich in infinitum zu lassen, weilen jedoch in §. fin. Inst. de succes. cogn. die Agnaten biß auf den 10. Grad, und die Cognaten biß auf den 7. Grad zugelassen werden, dise aber durch den Kayser Justinianum gleich gestellt worden, so ist die gemeinere Meynung, daß das Erben der Seiten-Freund, sich über den 10. Grad nicht erstrecke. Covar. de successʃ. ab intest. n. 11. Gail. 2. obs. 150. n. 1. Rosenthal de feud. cap. 7. concluʃ. 56. & concluʃ. 59. n. 14. Schard. part. 7. cap. 7. n. 8. Mynʃ. cent. 2. obʃ. 95. Welche Frag jedoch denen Ehe-Leuthen und dem Fisco auszumachen wir überlassen, weil selten geschieht, daß die Grad der Seiten Freund biß auf den 10. Grad können gezehlt werden.

Wann man 3. fragt, was Rechtens seye, wann der nähere Befreundte die Erbschafft nicht annimmt, so antwortet Forster. lib. 8. n. 9. und mit ihme Manz tit. 9. §. fin. n. 36 daß der im Grad weitere Befreundte zugelassen werde. Aus Ursach, weilen eins ist, die Erbschafft nicht annemmen, oder daß ein nächerer Freund nicht verhanden, oder gestorben seye. L. unica Cod. quando non pet. part. &c. 4.

Wann man 4. fragt, ob, wann die Nächere von der Erbschafft ausgeschlossen werden, wie wir oben von natürlichen Brüderen und Schwestern, Hurn-Kinder, Bluth-schändliche Kinder, oder aus verdamter Geburt herstammenden Kindern gesagt haben, die am Grad weitere Befreundte zur Erbschafft zugelassen werden? So antworten wir mit Nein, weilen wie wir alldort ausgelegt haben, alle Freundschafft verworffen wird, wann nun die Erbschafft des Bruders oder Schwesters verworffen ist, so muß noch mehr der übrigen Seiten-Freund Erbschafft verbotten seyn. 5.

Der vierte Articul.

Die Kinder, wann sie erben wöllen, werden nicht jederzeit an ihrer Eltern statt, daß sie nemlichen in derselben Grad und Sipt-Zahl stehen und tretten mögen, zugelassen, sonder allein in disen beyden Fällen, nemlich wann ein An-Herr, An-Frau, Ur-An-Herr oder Ur-An-Frau, oder da es Menschlichem Leben nach, noch weiter seyn kunte, versturbe, so tretten jederzeit die Kinder in ihrer vorabgestorbenen Eltern statt, und erben in die Stammen, so vil als ihre Eltern, da sie gelebt hätten, erben mögen. Aber in den Seiten Erbschafften, stehet keines in seines Vattern oder Mutter statt, dann allein in dem Fall, wann seines verstorbnen Vatters oder Mutter Bruder oder Schwester mit Todt abgehet, und noch einen oder mehr Brüder oder Schwestern hinterlassen hat, in solchem Fall erben die Kinder, mit und neben ihres verstorbenen Vatters oder Mutter, noch leben-

lebendigen Brüdern und Schwestern, in die Stammen, und nicht in die Häupter. Ist aber die Siptschafft weiter, so erbet je die Person, welche die nächst in der Sipt-Zahl ist, und schließt die weitere aus, und erstreckt sich das Jus repræsentationis auf der Geschwisterigt Enickl nicht.

Summarium.

1. Ob das Repræsentations-Recht sich über die Bruders Kinder erstrecke?

1. IN vorgehenden haben wir schon satsam ausgelegt, was das Repræsentations-Recht seye, und was für ein Unterschied unter den Kinderen seye, die ihre Ascendenten oder Descendenten erben, und unter den Kindern, welche die Seiten-Freund erben. Die Kinder, welche die Ascendenten erben, haben das Erb-Recht unaufhörlich in infinitum, welches der Art. bestättiget, da er sagt, daß die Kinder nicht allein die Eltern, An-Herrn, und Ur-An-Herrn, sondern auch noch weitere Ascendenten, wann es die Natur zulaßt, und also in infinitum erben, und ihrer Eltern Person vertretten. In der Seiten-Lini aber wird die Repræsentation niemand als der Brüder und Schwester Kindern zugelassen, und denen weiters Abstammenden abgeschlagen, diß ist die gantze Materi dises Art. welche eine weitere Auslegung nicht nöthig hat, weil schon in vorgehenden unsers Erachtens solche satsam und klar ausgelegt worden.

Der fünffte Articul.

DJe Eintrettung in der Eltern Statt und Grad, ist eigentlich allein in den Erbschafften ohne Testament zugelassen, doch mag sie auch in den letzten Willen, als Fidei-Commissen, Legaten, und dergleichen Geschäfften, in gewissen Fällen statt finden.

Erstlich, wann der Testirer ein solch Fidei-Commiss verordnet, welches in derselben Geschlecht bleiben soll, aber unter den Söhnen, einer vor dem Testirer versturbe, und Söhn hinterliesse, so stehen dieselben Söhn an ihres Vatters statt, und erben das Fidei-Commiss, mit und neben ihres Vattern noch lebenden Brüdern, in die Stammen, es seye das Fidei-Commis, gleich durchgehent universal, oder auf einem sonderbahrem Guth, oder Geld.

Zum anderen, wann jemand stirbt, welcher das Fidei-Commiss nicht verordnet, sonder solches als ein Fidei-Commissarius innen gehabt, und genossen, verlaßt derselb Söhn, und Söhns-Söhn, so erben die Söhns-Söhn, mit und neben den Söhnen, in die Stammen, wie im vorigen Fall.

Drittens, wann der, welcher als Fidei-Commissarius das Fidei-Commiss innen gegabt, und genossen, stirbt, und hat keine Söhn, sonder Brüder, und eines verstorbnen Bruders Söhn, so erben die Brüder allein, und werden die Brüders Söhn ausgeschlossen. Es wäre dann das Fidei-Commiss Anfangs von einer solchen Person verordnet, von welcher so wohl der verstorbne Fidei-Commissarius, als dessen Bruder und Bruders Söhn in absteigender Lini herkommen seyn, ohne Unterschied, ob es ein particular- oder universal Fidei-Commiss seye.

Wofern aber und zum vierten die Brüder und Brüders Kinder, in absteigender Lini, nicht herkommen, von der Person, welche das Fidei-Commiss verordnet, so erben die Brüders Kinder neben dem Bru-

Bruder nicht, wann gleich das Fidei-Commiss universal ist. Und was dißfalls gemeldet ist, von Brüderen, und Brüders Söhnen, das ist ebenfalls zu verstehen von Schwesteren, und derselben Kind, oder von der Brüder Töchtern, wo das Fidei-Commiss der Natur und Eigenschafft ist, daß es auch auf die Weibs-Personen fallen kan, neben den Manns-Personen, oder da es auf die Weibs Personen, nach Absterben des Manns Person füle.

Doch wofern aus des Testirers klaren Worten genugsam kan geschlossen und bewiesen werden, daß er ein anders gewölt, weder was in disem Articul verordnet, so bleibt es billig bey desselben Disposition und Befelch, als zu einem Exempel, da er in dem Fidei-Commiss allein die Söhn mit Tauff- und Zu-Namen, aber von derselben Kindern nichts hätte gemeldet, so wurden solche ausgeschlossen.

Anlangend aber zum fünfften die Fidei-Commissen, welche nicht unverändert in einem Geschlecht bleiben, sonder alsbalden, oder auf einen gewissen Fall, Condition, oder Zeit, mehr als einem restituirt und zugestellt werden sollen, so hat es mit dem ersten Anfall, und Restitution des Fidei-Commiss, eben die Meynung als wie erst von den anderen Fidei-Commissen, die im Geschlecht bleiben, in einem und anderen Fall gesagt ist. Wann aber solche Fidei-Commissen einmahl auf die Fidei-Commissarios, die mit weiterem Fidei-Commiss nicht beschwehrt gefallen, so ist es zu einem Eigenthum worden, und würdet fürderhin geerbt, wie einander eigen Guth.

Sechstens, so vil die Legata und andere Geschäfft betrifft, wo der Testirer die nachfolgende Wort, nemlich, meine nächste Erben, oder nächste Freund, die mich sonsten geerbt hätten, so hat die Eintrettung in der Eltern Grad oder Sipt-Zahl statt, als wie man ohne Testament sonsten erbet, deßgleichen da er andere klare Wort gebraucht hätte, aus welchen genugsam zu schliessen wäre, daß er gewölt hätte, die Legata und andere Geschäfft sollen ausgetheilt und entrichte werden. Wie man sonsten ein Erbschafft ohne letzten Willen pflegt zu theilen; Hätte er aber allein gesagt, daß Legat oder andere Geschäfft, soll meinen nächsten Freunden folgen und bezalt werden, und hätte das Wort, Erben, oder die Wort, die mich sonsten geerbt hätten, nicht hinzu gesetzt, so hat die Eintrettung oder Jus repræsentationis nicht statt, sonder die weitere im Grad, werden von den näheren ausgeschlossen.

Doch ist diser Articul allein zu verstehen von Fidei-Commissen, und anderen Geschäfften, und nicht von der Ersatzung, dann dieselb hat ihr gewisses Recht und Ordnung.

Summaria.

1. Ob das Jures repræsentationis in Fidei-Commissen Platz habe, wann von dem Erben des ersten gehandlet wird, der das *Fidei-Commiss* gemacht hat?
2. Was Rechtens, wann gehandlet wird vom Erben des *Fidei-Commissarii*?
3. Was Rechtens, wann der *Fidei-Commissarius* ohne Männlichen Erben stirbt, aber einen Bruder und aus des verstorbnen Bruders zwey Söhn hinterlaßt, ob dise Söhn *Jure repræsentationis* in die Stammen erben?
4. Wann die *Fidei-Commiss* von solcher Natur seyd, daß auch die Weibs-Personen zugelassen werden, ob auch die Schwester Kindern, mit den Mutters Brüdern und Schwesteren erben?
5. Wann der Erblasser allein die Söhn im *Fidei-Commiss* eingesetzt hat, von den Encklen aus des verstorbnen Sohn aber nichts sagt, ob darfür gehalten werde, daß er solche ausgeschlossen habe?
6. Wann der *Testirer* allein ein *Fidei-Commiss* für seine Kinder eignen Leibs macht, ob sein Will gehalten werden müsse?
7. Wann bey dem *Fidei-Commiss* einer *Famili* die Brüders Kinder allein erben, und keine Vatters Brüder verhanden, ob sie in die Häupter oder in die Stammen erben?
8. Ob in einem gemeinen *Fidei-Commiss* man auf gleiche Weiß erbe, wie in einem *Fidei-Commiss* einer *Famili*?

9. Ob

9. Ob bey den *Legaten* das *Repræsentations*-Recht Platz habe?
10. Ob das *Repræsentations*-Recht beym Einstand Recht Platz habe?
11. und 12. Ob das *Repræsentations*-Recht *in Jure patronatus Ecclesiastici* Platz habe?
13. Ob die Bruders Kinder dem *Repræsentations*-Recht nach auch mit den Vatters Brüdern und Schwestern zur Vormundschafft gehalten seyen?
14. Ob bey denen vom Gesatz geschöpften Straffen, welche denen sich wider verheyrathen, und denen Kindern, so sich ohne *Consens* der Elteren ungebührlich verehelichen, geschöpft werden, das *Repræsentations*-Recht zugelassen werde?

Unter anderen haben wir in vorgehenden schon obenhin angemerckt, daß das Repræsentatians-Recht eigentlich nur beym Erben ab intestato Platz finde, weilen jedoch die Rechts-Gelehrte untereinander sehr streitten, ob nicht auch das Repræsentations-Recht in anderen Fällen Platz haben könne, als in den letzten Willen, Fidei-Comissen, Legaten, und anderen dergleichen Geschäfften von Todtswegen, deßwegen thut unser Art. solche Fäll hier insonderheit erzehlen, welche wir auch kürtzlich auslegen werden.

1. Wird also erstlich gefragt, ob das Repræsentations-Recht auch bey Fidei-Commissen Platz habe? Und unser Art. antwortet, daß zweyerley Fidei-Commiss es gebe, einige und zwar die mehrere werden zu Erhaltung der Familien gemacht, wann nemlich die Eltern entweders alle ihre Güther, oder ein besonderes Guth, oder Vermächtnuß mit dem Geding beladen, daß solche beständig in der Männlichen Famili verbleiben sollen, und nicht veräussert werden können, welche insgemein genennt werden Fidei-Commiss und Stamm-Güther. Einige aber seynd gemeine Fidei-Commiss, wann nemlich einer einen Erben einsetzt, und beschwehrt, daß er entweders die Erbschafft völlig, oder einen Theil davon dem dritten entweders also gleich nach angetrettner Erbschafft, oder auf einen gewissen Tag, oder unter einer gewissen Condition zustellen soll. Was die Fidei-Commiss der Familien, so zu derselben Erhaltung errichtet worden, anbetrifft, ist der Rechts-Gelehrten gemeine Meynung, daß das Repræsentations-Recht nicht Platz habe, weil der Testirer darfür gehalten wird, daß er eine grössere Lieb gegen den lebenden Bruder habe, als auf des verstorbnen Bruders Söhn, und die Söhn mehr, als die Encklen liebe, bey dem Fidei-Commiss aber wird allein des Testirers Zuneigung in Betracht gezogen, welche, weilen allzeit gegen die Söhn grösser zu seyn erachtet wird, also gegen die Encklen, gegen die Brüder als gegen die Brüders Söhn, so scheint, es seye mit Recht der Schluß zu machen, daß das Repræsentations-Recht ausgeschlossen werde. Dann die Lieb, da sie verlängert wird, nach und nach kälter wird, und entlich erlöscht. vid. Forster de success. lib. 4. cap. 22. casu 1. Dessen doch ohneracht, verordnet unser Art. das Widerspiel, daß nemlich in den Fidei-Commissen die Männliche Encklen mit denen Söhnen, und mit denen Brüdern, die Brüders Söhn Jure Repræsentationis zugleich und in die Stammen zugelassen werden. Dessen ist die Ursach, weilen bey jedwederer Erbschafft, welche so wohl ab intestato, als aus einem Testament anfallet, die Repræsentation Platz habe, also auch im Fidei-Commiss, dann dem die Güther durch ein Fidei-Commiss zufallen, der wird ein Erb genant, und wird für einen Erben gehalten. L. qui quadraginta 2. L. postulante 44. ff. ad S. C. trebele. Und ihme fallen des Verstorbnen Recht activè und passivè zu L. in princ. L. restituta 37. & L. facta 63. ff. eod. Und dise Meynung haltet Cassan. de success rubr. 7. quæst. 55. und solche führt weiters aus Ant. peregrin. de Fidei-Commiss. art. 21. n. 5. und diß ist der erste Casus, wo jener geerbt wird, der das Fidei-Commiss gemacht hat, wann nemlich einer im Testament haben will, daß seine Güther beym Männlichen Geschlecht verbleiben, denen Töchtern aber ein gewisses Heyrath-Guth gegeben werden soll, dann, wann ein solcher Testirer zur Zeit des gemachten Fidei-Commiss 3. Söhn gehabt hat, deren einer vor dem Testirer stirbt, und 3. Encklen hinterlaßt, so thun solche 3. Encklen gewiß in des verstorbnen Vatters Stell eintretten, und in die Stammen erben, auch den dritten Theil des Fidei-Commiss Jure repræsentationis mit denen Vatters Brüderen bekommen.

2. Der zweyte Casus ist, wann man nicht von der Erbschafft des ersten handlen, der das Fidei-Commiss gemacht hat, sonder von der Erbschafft dessen, der das Fidei-Commiss schon genossen hat. Zum Exempel, der Titius hat nur einen Sohn hinterlassen, deme er all seine Güther als ein Fidei-Commiss vermacht hat, mit dem Beysatz, daß solche beständig in der Familie bey denen Männlichen Erben in infinitum verbleiben sollen. Wann nun der Fidei-Commissarius nach sich einen Sohn, und aus einem anderen verstorbnen Sohn zwey Männliche Erben hinterlaßt, dise Encklen tretten jure Repræsentationis in des verstorbnen Vatters Stell ein, und erlangen die Helffte vom Fidei-Commiss. Die Ursach ist allzeit gleich, weil die Fidei-Commissarische Erbschafft eine wahre Erbschafft ist, und also regulirt werden muß nach der Ordinari Erbschafft in eigenthumlichen Güthern.

3. Der dritte Casus ist, wann ein Fidei-Commissarius stirbt, und keine Mannliche Kinder hinterlaßt, wohl aber einen Bruder, und aus dem anderen verstorbnen Bruder 2. Sohn, alsdann macht der Art. einen Unterschied, ob dessen Bruder, und des verstorbnen Bruders Söhn vom ersten, der das Fidei-Commiss gemacht hat, abstammen oder nicht? Stammen sie davon ab, so thun des verstorbnen Bruders Söhn mit dem lebenden Bruder in die Stammen erben, und jure Repræsentationis in die Stell ihres Vatters eintretten, in dem anderen Fall aber,

4. Thun die lebende Brüder die Bruders Söhn ausschliessen, es mag das Fidei-Commiss Universal oder Particular seyn. Man wird fragen, wie sich diser 4te Casus zu tragen könne, weil die Fidei-Commiss der Familien anscheinen, daß sie allein auf die Männliche Erben abfallen, welche vom ersten abstammen, der das Fidei-Commiss gemacht hat, daß also allzeit denen Bruders Söhnen das Repræsentations-Recht verbleiben muß? Wir antworten, diß seye der Casus unsers Art. Wann zum Exempel der Titius ein Famili Fidei-Commiss macht, da er zu erst seine Söhn, und die aus ihnen entspringende Söhn in infinitum einsetzt, mit dem Beysatz, wann geschehete, daß seyn Mannliches Geschlecht erlösche, daß das Fidei-Commiss, auf seinen Bruder Sempronium oder seine Kinder Mannlichen Geschlechts fallen müsse. Nun setze, daß des Titii Lini erloschen, und aus dem verstorbnen Sempronio ein Sohn lebe, und aus dem verstorbnen Sohn 2. Enckle vorhanden seyen. Gewiß des Sempronii Sohn thuet in dem Fidei-Commiss nach Verordnung des Art. des verstorbnen Bruders Kinder ausschliessen, weil dise vom ersten, der das Fidei-Commiss gemacht hat, nicht absteigen, sonder nur ab der Seiten, bey der Seiten Erbschafft aber, wie wir öffters gesagt haben, thut das Representations Recht über der Bruders Kinder sich nicht erstrecken. Wann man sagt, daß in dem gesetzten Exempel wir allein von Bruders Kinderen reden. So antworten wir, daß in solchem Casu nicht von der Erbschafft des Sempronii, welcher des Fidei-Commiss niemahl fähig gewest, sonder von der Erbschafft des Titii, deme des Sempronii Sohn um einen Grad näher ist, als dessen Enckle. Ist sich also nicht zu verwunderen, wann der Sohn die Enckle ausschließt. Und diß ist unsers Erachtens der klare Verstand unsers Art. Dann der Titius ist in Ansehung des Sempronii Sohns ein Vatters Bruder, und in Ansehung der Enckle ein Groß-Vatters Bruder, und also um einen Grad weiter entfernt, daß folglich ein Geschwistert Kind des anderen verstorbnen Geschwistert Kinds-Kinder ausschließt.

4. Der fünffte Casus ist, wann das Fidei-Commiss von solcher Natur ist, daß auch die Kinder Weiblichen Geschlechts zu gelassen werden, entweders mit denen Mannlichen Geschlechts, oder in deren Abmangel, weilen auch solche zweyfache Lehen gibt, deren einige sowohl denen Kinderen Mannlich als Weiblichen Geschlechts zu fallen, welche bey unsern Lehen-Hoff Feuda simultanea genennt werden, das ist, welche denen Weibern und Männern gemeinschäfftlich seynd. Einige aber eigentliche Weiber Lehen, das ist, welche alsdann erst, da des ersten Acquirenten Manns-Stammen gantz erloschen, denen Weibern zu fallen. In disen Fidei-Commissen nun ist gleiches Recht, welches wir gesagt haben zu seyn in denen Mannlichen Fidei-Commissen, daß nehmlich die Bruders und Schwester Kinder mit denen Vatter und Mutters Brüderen und Schwestern zum Erben zugelassen werden, wann sie vom ersten, der das Fidei-Commiss gemacht hat, absteigen, nicht aber, wann sie vom, der das Fidei-Commiss gemacht hat, nicht entspringen. Zum Exempel der Titius hat ein Fidei-Commiss gemacht, von allen seinen Güthern, oder von deren einigen, daß sie allzeit in der Famili sowohl Männlich als Weiblichen Geschlechts verbleiben sollen. Nun wird gefragt, was Rechtens seye, wann die Lini des Titii erloschen, und das Fidei-Commiss auf seines Bruders Sempronii Descendenten verfallt, welcher eine Tochter, und aus der anderen verstorbnen Tochter zwey Encklen hinterlaßt? Die Tochter erbt vor denen Encklen das Fidei-Commiss, weilen, wie wir in vorgehenden Versicul erwiesen haben, nach des Titii Todt sie ihrem Vatters Brüders um einen Grad näher ist, als die Encklen, das Repræsentations-Recht aber allein bey den Bruders Kinder und nicht bey denen Geschwistert Kinderen Platz hat. Ja wanns ein solches Fidei-Commiss ist, welches zu gleich denen Mannlichen und Weiblichen zu fallt, so sagen wir, daß, wann der Sempronius eine Tochter hinterlassen, und aus dem verstorbnen Sohn Männlichen Encklen, thut die Tochter des Sempronii Krafft dises Art. die Mannliche, als um einen Grad weiters entfernte Enckle ausschliessen, obwohlen einige bey den Lehen dißfalls anstehen, wie wir an seinem Orth sehen werden, mit einem Wort, wann wir bey denen Fidei-Commissen das Repræsentations-Recht zu lassen, wie bey denen eigenthumlichen Güthern, so sehen wir, daß hier nichts besonders statuirt worden, sonder gesagt werden könne, daß das Repræsentations-Recht in den Fidei-Commissen dem

dem Erb-Recht ab intestato völlig gleich gemacht worden. Dann wann die Fidei-Commissarii vom ersten, der das Fidei-Commiss gemacht hat, absteigen, so hat allzeit das Repræsentations-Recht in infinitum Platz, weil vorbesagter massen das Repræsentations-Recht in der absteigenden Lini auf keinen Grad eingeschränckt wird, sonder ewig daurt, also daß auch die Encklen und Ur-Encklen mit denen Kinderen, und mit denen Encklen die Ur-Encklen in infinitum zu gelassen werden, gantz anderst als bey den Seiten Erben, wo das Repræsentations-Recht über die Bruders Kinder sich nicht erstreckt.

5. Denen bißhero erzehlten Casibus oder Reguln wird von unserm Art. ein allgemeine Exception beygesetzt, wann nicht bey Aufrichtung des Fidei-Commiss ein anderes verordnet worden, oder aus den Worten des Fidei-Commiss erhellet, daß der Testirer ein anderes gewolt habe. Unser Art. setzt ein Exempel von jenem, der Söhn hinterlassen hat, und aus dem verstorbnen Sohn Encklen, welcher, wann in dem Fidei-Commiss die blosse Söhn eingesetzt, und sie beym Zu- und Tauff-Nahmen genennt hat, von des verstorbnen Encklen aber nichts sagt, darfür gehalten wird, daß er solche vom Fidei-Commiss ausgeschlossen habe, welches vom Particular Fidei-Commiss verstanden werden kan Dann wann er ein Universal-Fidei-Commiss gemacht, und die Enckle aus dem Sohn umgangen hat, so ist das Testament von Rechtswegen nichtig, wann nicht die Encklen villeicht besonders ihre Noth-Gebühr honorabili Institutionis titulo bekommen haben, weilen, wie wir bey dem 36. Tit. gesagt haben, die Noth-Gebühr allen Kinderen, unter deren Nahmen auch die Encklen begriffen seynd, ohne alle Bürde und Beschwerde hinterlassen werden muß.

6. Wir können ein anderes Exempel setzen im Testirer, welcher ein Fidei-Commiss allein für die Kinder seines Leibs macht. Dann in disem Fall weicht der Unterschied, von welchem im Versicul wofern aber zum Vierten ꝛc. verordnet wird, dann, weilen solches Fidei-Commiss, nachdem die Fidei-Commissarische Lini erloschen, auch erlöscht, so hat die Frag nicht mehr Platz, ob das Repræsentations-Recht bey denen Seiten Freunden Platz habe, sonder die Fidei-Commiss-Güther werden für eigenthumlich gehalten, und erbt jener, der ab intestato der nächste Erb seyn wird. Wann aber der Testirer in der Aufrichtung des Fidei-Commiss ausdrucklich gesagt hat, wann mein Mannliche Lini erloschen, so will ich, daß meines Bruders Sempronii Söhn, und mit ihnen auch der verstorbnen Söhn Encklen in die Stammen erben sollen, so muß des Testirers Willen erfüllt werden, obwohlen in bemeltem Versicul zum vierten das Widerspihl verordnet wird, weilen in allen letzten Willen des Testirers Willen die Königin ist, welchen man halten und venerirn muß. Und dahero in der Materi der Fidei-Commissen die DD. einhellig darfür halten, daß allzeit und hauptsächlich die Affection, und das Gemüth des Testirers müsse angesehen werden, welcher, wann er ein grössere Lieb hat zum Bruder, als zu des Bruders Kinder, so wird darfür gehalten, daß die Bruders Kinder ausgeschlossen worden, absonderlich, wann er die Söhn benahmst hat, von denen verstorbnen Söhns Kinderen aber nichts gedacht hat, dann welche der Testirer nennet, wird geglaubt, daß er solche mehr liebe L. quoties 34. in princ. ff. de usufr. L. cùm pater 77. §. fin. ff. de Legat. 2. L. hæredes mei 57. §. fin. ff. ad S. C. Trebell. cap. si quis. de Elect. in 6. Forster de success. lib. 4. cap. 22. cas. 1. n. 3.

7. Was ist aber Rechtens, wann in dem Fidei-Commiss einer Familie die Brüders Söhn allein, ohne Vatters Brüder verhanden seynd, ob sie in die Stammen oder in die Häupter erben? Von disem sagt unser Art. nichts, weilen jedoch der Brüder Kinder bey Erbschafft eigenthumlicher Güther, wann sie allein seynd, und keine Vatters Brüder vorhanden, in die Häupter erben, so vermeynen wir, daß auch diß bey den Fidei-Commissen zu beobachten seye, welches also zu verstehen ist, wann wir von Brüders Söhnen handlen, welche Krafft des 4. vers. nicht vom ersten, der das Fidei-Commiss gemacht, sonder aus einem anderen von der Familie absteigen, weilen die Descendenten, so von jenem der das Fidei-Commiss erricht hat, abstammen, allzeit jure Repræsentationis in die Stammen erben, wie wir schon offters gemeldet haben.

8. Der sechste Casus ist vom gemeinen Fidei-Commiss, wovon wir schon zu Anfang dises Art. Meldung gethan haben, das ist, wann der Erb beladen wird, eine gewisse Sach, oder die gantze Erbschafft einem anderen, oder mehreren zuruck zu stellen, entweders also gleich nach angetrettner Erbschafft, oder auf einen gewissen Tag, oder unter einer Condition; Dann bey einem solchen Fidei-Commiss erbt man auf eben, die Weiß, wie bey einem Fidei-Commiss einer Famili. Zum Exempel, ich, weil ich keine Kinder hab, setze den Titium zu meinen Erben ein mit der Bürde, daß, wann ich Kinder bekomme, der Titius meine Erbschafft meinen Kinderen zuzustellen schuldig seyn solle. Gewiß, wann ich überlebe, biß mir Encklen aus dem anderen

verstorbnen Sohn gebohrn werden, so wird darfür gehalten, daß solche Encklen, wie meine Söhn das Fidei-Commiss erben, aber anderst nicht als jure Repræsentationis in die Stammen; Item wann ich den Titium als Erben einsetze mit diser Bürde, daß er, wann mir ein Sohn gebohrn wird, disem die Erbschafft zu stellen solle, wann mir aber kein Kind gebohrn wird, daß er die Erbschafft meinen nächsten Seiten Erben zu stellen solle. Wann nun sich zutragt, daß ich sterbe ohne Kinder, aber einen Bruder hinterlasse, und aus einem anderen verstorbnen Bruder 3. Kinder, so erben dise Kinder, jure Repræsentationis in die Stammen mit meinem Bruder, weilen ich erachtet wird, dem Erben durch das Fidei-Commiss Platz gemacht zu haben, wie man sonst ab intestato erbt, ab intestato aber werden die Bruders Kinder zum Erben mit ihren Vatters Brüdern zu gelassen, also auch in dem Fidei-Commiss, wann nicht aus den Worten des Fidei-Commiss ein anderes wahrscheinlich entnommen werden kan, ja wann allein Bruders Kinder verhanden, so erben sie auch in solchem Fidei-Commiss in die Häupter, weilen dises Erben in die Häupter durch die Constitution des Caroli V. in die Reichs-Abschied eingesetzt: Also auch durch nothwendige Folg in dem Fidei-Commiss approbirt worden.

Unser Art. setzt bey, daß in dem gemeinen Fidei-Commiss gleiches Recht seye, wie in dem Fidei-Commiss einer Familie, wann vom Erbnehmen dessen, der das Fidei-Commiss gemacht hat, gehandlet wird, dessen ist die Ursach, weil ein solches gemeines Fidei-Commiss in der Persohn des Fidei-Commissarii erlöscht, und eigenthumlich wird, und im übrigen in des Fidei-Commissarii Erben nicht als ein Fidei-Commiss, sondern als ein Eigenthum jure ordinariæ successionis anfallt.

9. Der letzte Casus ist, von den Legaten, dann wann man fragt, ob bey solchen das Repræsentations-Recht Platz finde? So macht unser Art. einen Unterschied, mit was für Worten die Legata gemacht worden, entweders unter dem Nahmen der nächsten Erben, oder unter dem Nahmen der nächsten Befreundten, wann der Testirer sagt, ich thue den Titium als Fremden zum Erben einsetzen, und legire meinen nächsten ab intestato kommenden Erben 1000. fl. hier wird darfür gehalten, daß die Bruders Söhn mit denen Vatters Geschwistrigten jure Repræsentationis in die Stammen mit erben. Aus Ursach, weilen sie mit denen Vatters Brüderen in die Stammen ab intestato erben, und also unter dem Nahmen der nächsten Erben begriffen seynd. Wann aber der Testirer gesagt hat, ich setze den Titium als Erben ein, und meinen nächsten Befreundten legire ich 1000. fl. so thun des verstorbnen Erblassers Brüder die Brüders Kinder ausschliessen. Aus Ursach, weilen die Brüder um einen Grad näher seynd, also unter dem Nahmen der nächsten Freund die Bruders Kinder also um einen Grad weiters entfernt nicht begriffen werden. Man muß also allzeit auf die Wort, welche der Testirer beym Legat braucht, sehen, und wann aus solchen erhellet, daß er jenem ein Legat hat machen wollen, welcher ihme ab intestato sonsten erbete, so hat das Repræsentations-Recht nicht Platz, wann aber erhellet, daß er allein die nächste Bluts-Freund in Betracht gezogen, und sie beschencken wollen, so hat dißfalls das Repræsentations-Recht nicht Platz, sonder die am Grad nähere schliessen die am Grad weitere vom Legat aus.

Wann man widersetzt, daß die Particular-Fidei-Commiss in allen denen Legaten gleich gehalten werde. und zu vor bey dem vers. Drittens Insonderheit gesagt worden, daß auch in denen Particular-Fidei-Commissen das Repræsentations-Recht Platz habe, so muß es also auch in den Legaten Platz haben? So antworten wir, das besagter vers nur als dann dem Particular-Fidei-Commiss das Erb-Recht durch das jus Repræsentationis zu eigne, wann alle Erb-Nehmere von jenem abstammen, der das Fidei-Commiss hat. Dann ein anderes ist, wann die Erb-Nehmere in solchem Particular-Fidei-Commiss von einer anderen Lini absterben, wie wir allsdort ausgelegt haben, dann alsdann werden die Bruders Kinder mit denen Brüderen zur Erbschafft des Fidei-Commiss nicht zu gelassen, weil sie um einen Grad weiter seynd, wir aber reden hier von den Legaten, welche denen Seiten Freunden vermacht worden, welche ja von Testirer nicht abstammen, und dahero setzt der Art. zu End bey, daß dise Verordnung von Legaten allein Platz habe, und nicht von der Erbs-Einsetzung, weilen dise, wie der Art. sagt, sein eignes Recht und Ordnung hat. Lese, was wir bey dem 36. Tit. durchgehends geschrieben haben, absonderlich aber bey dem 5. und 10. Art. Wann wir aber von jenen Persohnen handlen, welche vom ersten, der das Fidei-Commiss gemacht hat, abstammen, so handlen wir in der That mehr von der Erbs-Einsetzungs-Materie, als von den Legaten, und anderen Particular-Vermächtnussen, weil die absteigende, welche vom ersten, so das Fidei-Commiss gemacht hat, abstammen, an statt der Kinder seynd, und also allzeit in deren Stell eintretten. Zum Exempel, einer hat 2. Söhn, und aus einem verstorb-

storbnen Sohn 3. Encklen; Diser hat den erstgebohrnen Sohn als Universal-Erben jure Fidei-Commissi Familiæ eingesetzt, denen übrigen aus ihm gebohrnen Kinderen aber für ihr Noth-Gebühr ein Guth vermacht, gewiß in disem Guth erben die Encklen mit dem anderen Sohn jure Repræsentationis in die Stammen. Aus Ursach, weilen die Legitimam man sowohl den Encklen als den Söhnen ersten Grads schuldig ist. Darhero, weilen hier eigentlich nicht von einem Particular, sonder Universal Erbs Titel gehandlet wird, so wird darfür gehalten, daß durch das Wort hinterlassen, welches gemein ist, solches Guth Erb-Satzungs Weiß gegeben worden, in welchem die Encklen mit den Kinderen durch das Repræsentations-Recht ohne allen Zweiffel zu gelassen werden. Was ist aber Rechtens, wann man den Casum von einem ausdrucklichen Particular-Legat setzt Zum Exempel, wann der Testirer sagt, meinen erstgebohrnen Sohn setze ich als Erben für sein Noth-Gebühr in 1000. fl. ein, und meine Encklen ebenfalls in 1000. fl. und will, daß meine Kinder diß oder jenes Guth als ein Prælegat haben, und unter ihnen theilen sollen, ob wohl auch ein solches Prælegat die Encklen einen Zuspruch haben? Und wir vermeynen, ja, weilen die Encklen in der absteigenden Lini allzeit in ihrer Eltern Stell eintretten, auch niemahl für ausgeschlossen gehalten werden, wann der Testirer seiner Kinder gedacht hat, daß also dise Regul, daß bey denen Legaten, so denen nächsten Befreundten vermacht worden, der Brüder Kinder ausgeschlossen werden, nicht auf des Testirers absteigende Lini zu erstrecken ist, es mag den Descendenten etwas Titulo singulari, oder universali vermacht worden seyn, dann allzeit die Encklen und Ur-Encklen &c. mit denen Kindern ersten Grads zugelassen werden müssen, welches, gleichwie der Art. vers. drittens ausdrucklich bey dem Particular-Fidei-Commiss zulaßt, also auch muß solches vom Legat, welches denen Descendenten vermacht worden, verstanden werden. Wir haben unter anderen bey dem 36. Tit. gesagt, es seye genug, daß die Eltern ihre Kinder in einem Häller einsetzen, weilen ihnen zu Erlangung der völligen Noth-Gebühr nachgehends die Actio in Supplementum zu stehet. Wann nun in dem vorigen gesetzten Exempel der Testirer seine Söhn, und 3. Encklen in einer Particular-Sach instituirt hat, und den Titium als Fremden in seinem gantzen Vermögen, und hernach beygesetzt hat, ich thue dich Titium verdammen, daß du über das meinen Descendenten ein Legat von 30000. fl. bezahlest, dises Legat für wahr fallt nicht allein denen Encklen für den dritten Theil zu, sonderen auch denen 2. Söhnen des verstorbenen Testirers, aus offt widerholter Ursach, weil in der absteigenden Lini unter dem Nahmen der Descendenten die Enckle u. Ur-Enckle &c. allzeit mit denen Kinderen ersten Grads gleiches Recht haben, nehmlich das Repræsentations-Recht, so in infinitum Platz hat.

Und diß kan vom Repræsentations-Recht genug seyn, geneigter Leser, wir werden etwas weniges zu deinem Nutzen besetzen; 10. und das erste ist, was zu sagen seye, wann sich ein Casus in dem Einstands-Recht zutragt, zum Exempel, wann einer stirbt, und einem Bruder hinterlaßt, und aus dem verstorbnen Bruder 2. oder mehr Söhn, ob dem Bruder allein das Einstand-Recht zu stehe, oder zu gleich auch des verstorbnen Bruders Kinder jure Repræsentationis zum Einstehen zu gelassen werden? Dem gemeinen Recht nach sagen die Rechts-Gelehrte, daß das Repræsentations-Recht nicht Platz habe, sonder daß die Brüders Kinder durch die Brüder aus zwey Facher Ursach ausgeschlossen werden, erstlich weilen das Einstand-Recht dem gemeinen Recht nach denen Befreundten nicht zu stehet, sonder allein aus einem Statuto oder Gewohnheit, die Thür des Statuti oder Gewohnheit wird denen Brüders Kinderen nicht, wie denen Brüderen selbsten eröffnet; Hernach hat das Repræsentations-Recht aus einem besonderen Recht Platz, nicht aber Krafft des gemeinen Rechts, weilen nun das Einstand-Recht Krafft specialer Verordnung zu stehet, so kan in demselben die Repræsentatio nicht Platz finden, damit nicht zwey Special-Recht zusammen in einer Sach eintreffen, wider den Text in L. 1. Cod. de dot. promiss. Forster de success. lib. 4. cap. 22. cas. 9. n. 15. Und disen Sentenz haben wir mit mehreren defendirt bey dem 10. und 11. Art. 10. Tit. der Land-Recht. Wo ausdrucklich gesagt wird, daß die Nähe abzuzehlen seye nach denen Graden des gemeinen Rechts, dem gemeinen Recht nach aber seynd die Brüders Kinder mit denen Brüderen jure repræsentationis von gleichem Grad, also auch müssen sie mit ihren Vatter oder Mutters Brüderen mit gleichem Recht zu dem Einstands-Recht zu gelassen werden, es kan auch dißfalls keine Confusion geschehen, weilen unter denen, so im Grad gleich seynd, alzeit jener vorgezogen wird, der sich um das Einstand-Recht zu erst gemeldt hat, oder wann die Meldung zugleich geschehen, muß die Sach durch das Glück ausgemacht werden, nehmlich durch Spiehlen: Dessen doch ohnerachtet, bleibt wegen ob angeführten Ursachen es dabey, daß bey dem Einstand-Recht weder das Repræsentations-Recht, noch das dopplete Band etwas auswürcke, weil das Einstand Recht personal ist, und sich allein in der Nähe des Grads gründet.

Der

11. Der ander Casus ist, in dem jure patronatus, dann, wann ein freygelaßner Knecht (saat Julianus J. C.) ohne Testament gestorben, und von seinem Patron einen Sohn, und 2. Encklen hinterlassen hat, so werden die Enckle zum Recht des Patronatus nicht zugelassen, so lang der Sohn lebt, weil bekannt ist, daß zu des freygelassenen Knechts Erbschafft der nächste beruffen werde. L. si libertus. 23. L. communi. ff. de bon. libert. L. à duobus ff. de op. libert. L. idem erit §. utrum portio ff. de assig. libert. L. si ex duobus ff. eodem. Aus Ursach, weilen das jus patronatus nicht als ein Erb-Recht zufallt. L. jus jur. §. f. ff. de op. libert. Sonder ist ein Personal-Recht, so dem nächsten Nachfolger zu falt, damit nicht durch mehrere Patronen ein Confusion entspringe, obwohlen dise letztere Ursach des Jasonis von keiner sonderbaren Wichtigkeit ist, weilen auch mehrere Patronen in gleichen Grad verhanden seyn können, wir besorgen uns wegen denen freygelaßnen Knechten nichts, weil die Persöhnliche Dienstbarkeit bey uns Christen abgekommen; Wo also keine Knecht mehr seynd, so wird auch umsonst von denen frey gelaßnen Knechten gehandlet. Aber

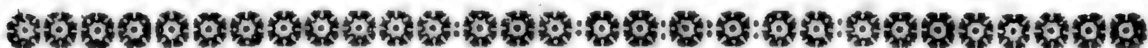
12. Dise Frag ist übrig, ob das Geistliche jus patronatus wie das Recht der frey gelaßnen Knechten dem ordinari Erb-Recht nach des verstorbenen Patroni nächsten Erben zufalle, oder, ob auch in disem das Repræsentations-Recht Platz habe, und die Encklen mit den Kinderen, und die Bruders Sohn mit ihren Vatters Brüdern am jure patronatûs Theil haben? Und wir antworten, obwohlen dem scharffen Recht nach das jus patronatûs im Erb-Recht nicht Platz findet, so hat doch aus einem besonderen Favor und Gnad die Kirch in disem das Erb-Recht zu gelassen, damit in Ansehung dessen sie die weltliche Leuth zu Stifftung der Kirchen, und deren Dotirung anlockete. Covar. pract. resol. cap. 36. & lib. 2. Var. resolu. cap. 12. Gonzalez ad lib. 3. Decret. tit. 38. cap. 2. n. 8. Pirhing ad eund. lib. 3. tit. 38. sect. 3. per tot. Wo sie weitläuffiger erklären, daß zu deme, daß einer das jus patronatûs durch Erb erlange, nicht genug seye, daß er des Patronen nächster Befreundter seye, sonder erfordert werde, daß er Erb seye, entweders in Krafft des Testaments, oder ohne Testament, also daß, wann der Testirer, der seine Freund umgangen, einen gantz Fremden zum Erben eingesetzt hat, solcher mit der Erbschafft auch das jus patronatûs erlangt, er mag Mannlich oder Weiblichen Stands seyn, weil dises Recht der Erbschafft anklept, und nicht der Persohn; Aus welchem folgt die Antwort auf obige Frag, daß wann einer ohne Testament ab intestato stirbt, und einen Sohn, und aus den anderen Sohn 3. Encklen hinterlaßt, das jus patronatûs nicht allein dem Sohn, sonder auch denen Encklen zu falle. Aus Ursach, weilen die Erbschafft selbsten auch zur Helffte jure Repræsentationis denen Encklen zufallet, also auch fallet ihnen nicht solcher das jus patronatûs nicht zur Helffte, sonder in solidum zu. In gleichem, wann einer keine Kinder gehabt, sonder einen Brudern, und aus dem anderen Brudern mehrere Kinder hinterlassen hat, weilen in Krafft des Erb Rechts ab intestato die Brüders Kinder mit denen Vatters Brüderen, und folglich in dem gesetzten Casu mit ihrem Vatters Bruder jure repræsentationis zur Erbschafft zu gelassen werden, so folget, daß, wann der Verstorbne das jus patronatûs gehabt hat, solche nicht minder denen Bruders Kinderen zufalle, als des verstorbnen im Leben stehenden Bruder, und zwar in solidum, weil diß untheilbares Recht ist. Welcher gestalten aber von solchen Erben die Præsentirung geschehen könne, das gehört hiehero nicht: Der mehrers sehen will, der kan vorbemelte Autores lesen.

Der dritte Casus ist, wegen dem Vormunds-Recht; über dise Sach haben wir zerschiedene Recht, dann der Text in L. si reliquero 8. ff. de legit. tutor. sagt, wann der Vatter einen noch nicht 14. Jährigen Sohn hinterlaßt, und aus einem anderen verstorbnen Sohn ein schon vogtbares Enckle, und einen Bruder darzu: Entstehet die Frag, wer aus disen zweyen Vormunder seyn müsse? Und es antwortet Paulus J. C. daß beyde Vormunder seyen, weil sie dem Pupillen in gleichem Grad befreund seyen; Hingegen wird in §. fin. auth. de hæred. ab intest. gesagt, wir verordnen, daß ein jeder nach dem Grad, wie er erbt, entweders allein, oder mit anderen die Vormundschafft antretten müsse: Obwohlen nun in dem gesetzten Exempel dessen, welcher einen nicht 14. Jährigen Sohn hinterlassen, aus dem verstorbnen Sohn verhandenes vogtbares Enckle, und der Vatters Bruder des Pupillen in gleichem Grad seynd, so seynd sie doch nicht in gleichem Erb-Recht, weil das Enckel in des Pupillen Erbschafft des verstorbenen Bruder ausschließt. Gleichwie nun dasselbe den Bruder des verstorbnen ausschließt, also auch ist Rechtens, daß das Enckle die Vormundschafft allein übernehme, weil es allein die Hoffnung zu erben hat. Wir sagen also gantz recht, daß der Text in L. si reliquero 8. durch die citirte auth. corrigirt worden; Nun auf die gestelte Frag zu antworten, ob das Repræsentations-Recht bey denen Vormundschafften Platz habe? Antworten wir mit Ja, dann weilen die Bruders Kinder zugleich mit ihrer Eltern Geschwistrigten erben, so folget, daß, wann die Bruders Söhn vogtbar seynd, auch mit deren Eltern Geschwistrigen die Vormundschafft des Pupillen antretten müssen. 13.

Wir

Wir haben gesagt, wann sie vogtbar seynd, dann, weilen ein Minderjähriger selbst einen Vormunder oder Vorsorger nöthig hat, so kan er die Vormundschafft nicht antretten. Man wird weiters widersetzen, daß der Text in L. si plures. ff. eod. in der Vormunderschafft ausdrucklich den Nächsten im Grad denen weiters Entfernten vorziehe. Wir antworten aber, diß seye wahr, wann auch der im Grad Nähere, auch zum erben näher ist: Ein anderes ist, wann der Weitere im Grad dem Nähern Jure repræsentationis gleich gehalten wird, gleichwie also der am Nutzen gleich gehalten wird, also muß er auch gleich gehalten werden in Tragung der Vormundschafft. Forst. de succels. lib. 4. cap. 22. n. 9.

14. Der 4te Casus ist von denen vom Gesatz gemachten Straffen, wovon wir schon oben bey dem 5. 6. 7. 8. und 9. Art. gesagt haben, dann man hat zweifflẽ können, ob jenes, was die Kinder, welche denen Eltern im Verheyrathẽ ungehorsam etc. gewesẽ von denẽ Erbschafften aus Verordnung des Gesatz zur Straff verliehren, also denen Befreundten zufalle, daß allzeit der Nähere dem Weitern vorgezogen werde? Wir antworten, daß jedoch bey Theil-Nemmung dergleichen Straffen auch das ordinari Erb-Recht, und also auch das Repræsentations-Recht beobachtet werden müsse, welches bey denen wider Verheyrathen im 5. Art. klar ist, wo ausdrucklich gesagt wird, daß des wider verheyrathen Vatters- oder Mutter-Portionen, welche sie aus den Erbschafften der Kinder erster Ehe bekommen, widerum denen Kinderen erster Ehe, und der verstorbnen Söhn, das ist Encklen zuruck fallen. Ist also klar, daß bey dergleichen Straffen das Repræsentations-Recht zugelassen werde, weil sonsten die Kinder erster Ehe die Encklen ausschliesseten. Und obwohlen in dem 9. Art. von denen Portionen der ungesitteten und ungehorsammen Kindern, welche sich ohne der Elteren Willen nicht standmässig verheyrathen, oder auch eine schmächliche Ehe treffen, nichts vom Repræsentations-Recht gemeldet wird, sonder allein, daß in Abgang der Brüder und Schwestern, der Geschwistergit, solche Portionen denen nächsten Befreundten zufallen müssen, weilen jedoch das Zihl diser Straffen ist, damit denen gehorsamen und wohl gesitteten Kindern, und anderen Befreundten aus Verschulden der Ungehorsammen nicht zuvil abgehe, so vermeynen wir, es seyen gleichen Rechtens, daß, weilen sie das Repræsentations haben, von solchen Straffen sie gleiche Theil haben sollen. Zum Exempel, ich hinterlasse einen Sohn, und aus einem anderen verstorbenen Sohn 3. Enckle, hernach habe ich eine ungehorsame Tochter, welche sich schmächlich verheyrathet, also daß sie ihre Erbs-Portion verliehrt, biß auf die Helffte der Nothgebühr, gewiß nicht allein mein Sohn, sonder auch meine Encklen, wann ich nichts anderes verordnet hab, werden von solch verfallenen Portion Jure repræsentationis Theil haben. Die Ursach ist, weilen hier nicht gehandlet wird von einer neuẽ Erwerbung, weil meine ungehorsame Tochter in meinem Leben in meine Güther kein Recht hat. Sonder es wird allein von deme gehandlet, daß nach meinem Todt destoweniger von meinen Mittlen weg gehe. Dann weilen meine ungehorsame Tochter mehr nicht als die Helffte der Noth-Gebühr haben kan, so muß meine übrige Erbschafft in zwey Theil vertheilt werden, davon einen der Sohn, und den anderen die 3. Encklen nicht als ein Zuwachsthum, sonder als kein Abgang bekommt, weilen, wann die Tochter durch das Heyrathen sich nicht verfehlet hätte, sie durch gleiches Erben so wohl die Portion meines Sohns, als meiner Encklen Portion wurde kleiner gemacht haben.



Des XLII. Tituls

Wie man in den Erbfällen die Grad der Siptschafften, und nächsten Freund rechnen und erkennen soll.

Erster Articul.

Es sollen die Grad der Sipt-Zahl in den Erbfällen gerechnet werden, nach Weltlichen geschribnen Rechten, und nicht nach Satzung der Geistlichen Recht, dann die Geistliche Recht, mehrers Theils von wegen der Personen, welche der Siptschafft halben mit ehelichem Heyrath sich zusammen verpflichten mögen, oder nicht, Ordnung und Maßgeben, das dem Geistlichen Richter zu entscheiden gebührt.

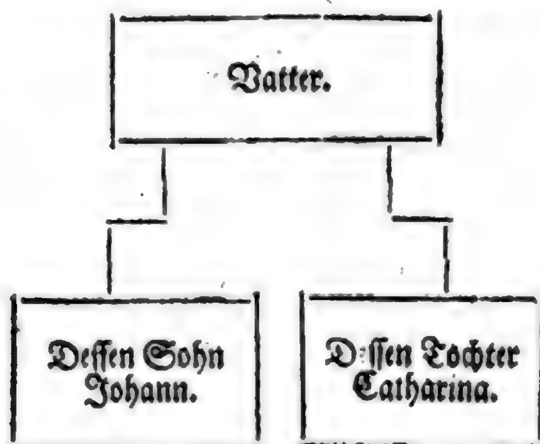
Summaria.

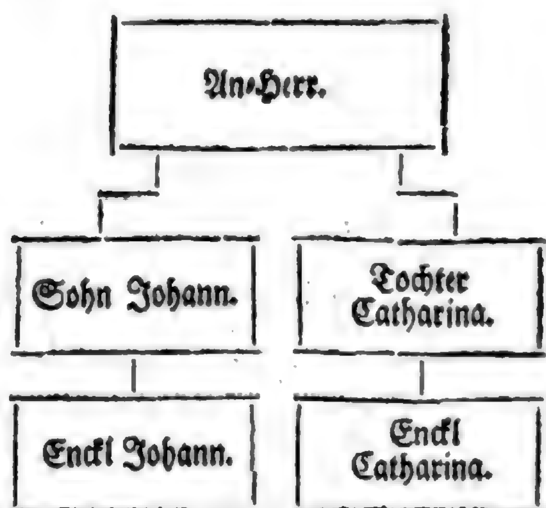
1. Ob nicht bey Erbschafften die Zehlung der Gräden dem Burgerlichen Recht nach geschehen müsse?

2. Wie die Zehlung den Graden dem Geistlichen Recht nach geschehe, und was hierunter für ein Unterschied seye?

1. Es ist allen bekannt, daß die Grad dem Geistlichen Recht nach anderst, und dem Weltlichen Recht nach wider anderst abgezehlt werden. Und zwar, was die auf und absteigende Lini betrifft, kommt das Geistliche und Weltliche Recht mit einander über eins, dann nach Innhalt solch beyder Rechten seynd so vil Grad, als vil Personen, wann eine ausgelöscht wird, zum Exempel, wann man fragt, im wie vilten Grad der Ur-An-Herr in auffsteigender Lini mir verwandt seye, und ich dem Ur-An-Herrn in der absteigenden Lini? So wird geantwortet, es seyen 4. Personen, nemlich der Ur-An-Herr, dessen Sohn, oder mein An-Herr, dessen Enckle, oder mein Vatter, und endlich ich dessen Ur-Enckle, wann nun eine Person ausgelöscht wird, verbleiben 3. und folglich bin ich meinem Ur-An-Herrn, und mein Ur-An-Herr mir im 3. Grad verwandt, und also in anderen Exemplen mehr. In der Seite Lini aber geschieht eine andere Berechnung der Grad dem Geistlichen Recht nach, und ein andere dem Weltlichen Recht nach. Das Geistliche Recht thut bey Auszehlung der Grad allzeit 2. Personen zusammen setzen, das Weltliche Recht aber zehlt alle Personen.

2. Die Ursach dises Unterschieds ist dise, weilen die Grad dem Geistlichen Recht nach absonderlich auf die Ehe-Verlöbnussen sehen, welche in einer Person nicht bestehen können, das Weltlichen Recht aber meistens das Erben in Betracht ziehet, welches auch einer Person widerfahren kan, und ist desto angenehmer; Es sagt also der erste Art. daß die Grad der Sipschafft bey Erbschafften nach Verordnung des Weltlichen Rechts, und nicht nach Verordnung des Geistlichen Rechts abgezehlt werden müssen. Wann man also fragt, in wie vilten Grad Bruder und Schwester gegeneinander seyen? Alsdann gibt das Geistliche Recht dise Regul, in wie vilten Grad jede Person vom gemeinen Stamm entlegen ist, in eben solchen Grad seynd sie einander verwandt, der Bruder aber ist vom gemeinen Stammen, das ist, gemeinsammen Vatter nur in einem Grad entlegen, also ist der Bruder von der Schwester, und die Schwester nur in einen Grad entlegen. Ingleichem, wann man fragt, in wie vilten Grad dem Geistlichen Recht nach die Bruders und Schwester Kinder einander befreundt seyen? so antworten wir, daß sie einander im zweiten Grad verwandt seyen. Aus Ursach, weilen sie vom gemeinen Stammen, das ist, vom An-Herrn in 2. Grad abstammen, also auch in eben disen Grad einander verwandt seyn. Die Exempel setzen wir hinnach.





Gleichwie nun in dem ersten Exempel die Personen vom ersten Stammen als dem Vatter mit einem, und in dem andern Exempel vom An-Herrn als gemeinsammen Stammen im 2. Grad abstammen, also auch in eben disem Grad nach dem Geistlichen Recht seynd sie einander verwandt. Anderst geschicht die Abzehlung dem Burgerlichen Recht nach, also daß so vil Grad seynd, als vil Personen nach ausgelöschten ersten Stammen verhanden seynd, wann man also den Vatter auslöscht, verbleiben noch 2. Personen, der Bruder und Schwester, seynd also dise einander im zweiten Grad verwandt. Und in dem anderen Exempel, wann der An-Herr ausgelöscht wird, verbleiben 4. Personen, also dem Weltlichen Recht nach die Geschwistrigt Kinder einander im 4. Grad. verwandt seyn. Es hat sich gezimt, dises vorläuffig anzumercken, damit der

der geneigte Leser in nachfolgenden ein Richt-Schnur hat, daß wir in unserer Auslegung allzeit zu verstehen seyen, von der Berechnung nach dem Weltlichen Recht, was das Erben ab intestato betrifft, weil wir die Materi der Hochzeiten und Ehen denen Canonisten überlassen.

Der anderte Articul.

Die Grad der Siptschafft in Erbfällen, soll man erkennen und rechnen, also, daß zweyer oder mehr Personen Sipt-Zahl, von derentwegen die Frag ist, soll gerechnet werden, von dem gemeinen nächsten Stammen und Person; Davon dieselbe Personen alle herkommen, der Gestalt, wie vil Personen in solcher Rechnung, und Zahl begriffen, und erfunden werden, in so vil Sipt-Zahl, oder Grad, ist ein Person der anderen befreundt, doch allweg einer Sipt-Zahl minder. Es sollen auch die Personen, wo der mehr dann eine im gleichen Grad seynd, in denselben Grad nach dem Stammen, als für ein Person zusammen verfaßt werden. Und darum sein Vatter und Mutter gegen allen ihren Kinderen einander gefreundt in dem ersten Grad der Siptschafft.

Item Geschwistergit seynd einander gefreundt in der andern Sipt.

Summaria.

1. Ob allzeit der gemeine Stamm-Vatter gesucht, und nachdem er ausgelöscht worden, die Zehlung der Grad gemacht werden müsse?

2. Wann mehrere Personen in gleichem Grad seynd, Ob sie nur für eine Person gerechnet werden, und also so vil Grad seynd, als vil Geburten?

1. In disem Art. wird hauptsächlich diß gesagt, was wir erst in vorgehenden Art. ausgelegt haben, welcher Gestalten in jedwederer Berechnung der Grad dem Weltlichen Recht nach geschehen müsse, nemlich, daß allzeit der gemeinsamme Stamm müsse gesucht werden, von welchem jene Personen abstammen, wegen welchen die Frag ist. Hat man nun den gemeinen Stammen, seynd die Personen zu zehlen, und man wird in der That so vil Grad finden, als vil Personen seynd, wann nur eine davon ausgelöscht wird, wir haben Exempel schon gesetzt, und werden mehrere folgen, Dann ein Bruder und Schwester haben ihren gemeinsammen Vatter, und seynd 3. Personen, wann also eine ausgelescht wird; verbleiben zwey, und dahero der Bruder und Schwester seyn einander in zweyten Grad befreundt. In dem anderen Exempel haben die Geschwistrigt Kinder den gemeinen Stammen-Vatter den An-Herrn, mit welchem 5. Personen gezehlt werden, das ist der An-Herr, Vatter, und Bruder, und zwey Encklen, wann nun ein Person ausgelöscht wird, verbleiben vier, und also seynd die Encklen einander in 4. Grad verwandt.

2. Dises aber ist nicht also zu verstehen, daß, wann in einer Generation mehrer Personen gefunden werden, dise alle und jede für einen besonderen Grad zu zehlen seyen. Zum Exempel, der Vatter erzeugt 3. Söhn, und eine Tochter, und seynd in der That 5. Personen, seynd doch nicht 5. Grad, weil die 3. Brüder von einer Generation nur für ein Person gehalten werden, also daß jeder aus ihnen mit ihrer Schwester nur im 2. Grad verbunden ist, und diß ist, was unser Art. sagt: **Es sollen auch die Personen, wo deren mehr, dann eine, in demselben Grad seyn, nach dem Stammen, als für ein Person zusammen verfasset werden.** Das ist, wann mehrer Personen gleichen Grads gefunden werden, müssen solche Personen gleichen Grads miteinander für ein Person gerechnet werden. Unsere Rechts-Gelehrte thun über den Titul de legitima agnatorum successione also reden, dem Burgerlichen Recht nach so vil Grad seynd, so vil Generationes.: So vil seynd Grad, als verschiedene Stammen seynd. Zum Exempel, das Sohn oder Tochter seynd mir im ersten Grad verwandt, weil nur eine Generation ist, das Enckle im zweiten Grad, weil zwey Generationes seynd, das Ur-Enckle im dritten Grad, weil 3. Generationes gefunden werden, und folglich mit dem ersten Stammen 4. Personen, aus welchen, wann eine ausgölescht wird, drey Personen verbleiben, und folglich 3. Grad, es ligt auch nichts daran, es mögen im ersten Grad der Kinder mehrer Söhn oder Töchtern, und in dem anderen Grad mehrere Encklen, oder in dritten Grad mehrere Ur-Encklen seyn, weilen die Personen von einer Generation, in einem Stammen, nur für ein Person gehalten werden, wie unser Art. redet.

Ingleichem sagt unser Art. es seynd die Brüder und Schwestern einander in zweiten Grad verbunden, wann sie schon mehrere seynd, weil die Rechnung nur von zwey Personen Bruder gegen Bruder, Bruder gegen Schwester, Schwester gegen Schwester gemacht wird, und weilen sie 2. Personen seynd, so seynd sie in zweiten Grad einander verwandt, wann nun der gemeine Stamm ausgelöscht wird, wann man schon setzt, daß 10. Brüder verhanden seynd, und 10. Schwestern, und also 20. Personen, weil sie alle von einem Stammen seynd, und also untereinander gleichen Grad haben. Und diß ist die Auslegung unsers Art. welche wir in nachfolgenden den Linien nach weiters auslegen werden.

Der dritte Articul.

WO sich Erb-Fäll in ab und aufsteigenden Graden, oder gestreckten Linien begeben, alsdann mag man die Grad und Sipt-Zahl auf oder abwerts zehlen, von der verstorbnen Person, von dero Güther wegen, die Frag des Erb-Falls ist, biß auf die Person, so erben will, und herwiderum von der Person, die Erben will, biß auf die Person, von der Güther wegen, die Frag des Erb-Falls ist.

Und wie vil Personen in solcher Rechnung begriffen, und gezehlt werden, in so vil Sipt-Zahl, und Grad ist, die Person, die erben will, der verstorbnen Gefreundt, doch einer Sipt-Zahl minder, als wann ein Ur-Enickl will erben den Ur-An, so mag man von dem verstorbenen Ur-An unter sich zehlen, biß auf dessen Ur-Enickel, oder über sich, nemlich von Ur-Enickel, biß auf des Ur-An-Herrn Enickel, darnach auf des Ur-An-Herrn Kind, darnach auf den Ur-An-Herrn, so findet man allweg vier Person, von denselben thut man eine hinweg, so bleiben und bestehen dannoch 3. Person, so vil seyn auch der Grad.

Summaria.

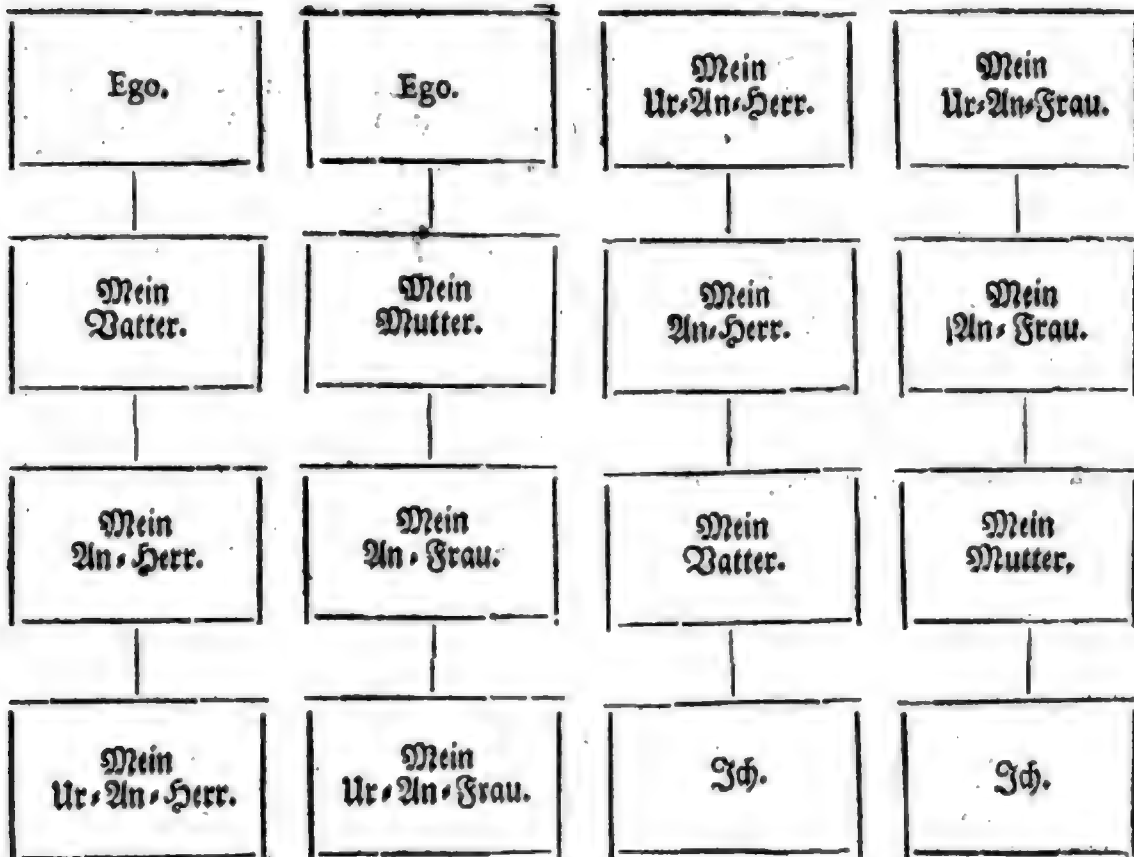
1. Ob in der auf- und absteigenden *Lini* so vil Grad seyen, als vil Stammen oder *Generationes*, nachdeme der Stamm-Vatter ausgelöscht worden?

2. Ob dise Abzehlung der Grad was nutze in der absteigenden *Lini* in Erbs-Fällen?

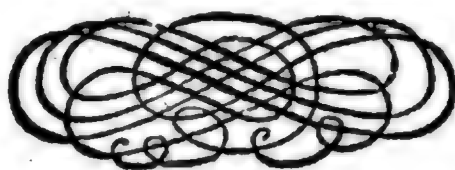
1. IST also die weitere Frag unsers Art. von der auf- und absteigenden Lini, wo allzeit so vil Grad seynd, so vil Generationes seynd, oder wie unser Art. sagt, so vil seynd Grad, als vil Personen, wann der Stamm-Vatter ausgelassen wird, das ist, so vil Personen seynd, welche nicht in einer Generation begriffen seynd, sonder von zerschidenen Generationen herstammen, so vil Personen von verschiedenem Stammen seyn. Wir haben schon oben Exempel gesetzt, und gesagt, daß der Ur-An-Herr dem Ur-Enckl im 4. und das Ur-Enckl dem Ur-An-Herrn in gleichem Grad verwandt seye, dann es seynd in der auf- und absteigenden Lini 5. Personen, deren wann eine ausgelöscht wird, nur 4 verbleiben, und deßwegen ist der Ur-An-Herr dem Ur-Enckl, und das Ur-Enckl dem Ur-An-Herrn im 4. Grad verwandt, es ligt auch nichts daran, wann in der Generation des An-Herrn, Vatters, oder Enckls mehrere Personen gefunden werden, weil dise den Grad nicht vermehren, weilen sie die Generation nicht vermehren, dann alle in einer Generation begriffne Personen, die in einem Stammen begriffen seynd, werden für eine Person gehalten, welches unser Art. weiters klar genug auslegt.

Wann man sagt, was dise Abzehlung der Grad in Erbs-Fällen nutze? So werden wir frey bekennen, daß solche wenig oder gar nichts nutze, wenigist in der absteigenden Lini, weil man in solcher allzeit Jure repræsentationis erbt, und zwar in infinitum. Dahero: Wann man ein Exempel setzt, daß ich aus einem Sohn ein Enckl, aus einer Tochter aber ein Ur-Enckl habe, obwohlen mir 2.

mir das Enckl im zweyten Grad, das Ur-Enckl aber im 3. Grad verwandt ist, so wird doch solches Jure repræsentationis mit dem Enckle in gleichen Grad gesetzt, und also hat dise Abzehlung der Grad in der absteigenden Lini wenig Nutzen, weilen die Repræsentation in infinitum ohnaufhörlich Platz hat, also daß, wann möglich wäre, daß ein Descendent im 6. Grad hinterlassen werden könnte, solcher mit dem Sohn ersten Grads Jure repræsentationis zur Erbschafft des 6. An-Herr zugelassen wurde;



Diß seynd die zwey Exempel, welche unser Art. vom dem Ur-An-Herrn, und von dem Ur-Enckl in der absteigenden Lini setzt, wo von dem Ur-An-Herrn bis zum Enckle, und vom Enckle biß zum Ur-An-Herrn 4. Persohnen gefunden werden, wann also eine ausgelöscht wird, verbleiben 3. Personen, und folglich 3. Grad, also daß der Ur-An-Herr dem Ur-Enckl, und hingegen das Ur-Enckl dem Ur-An-Herrn im dritten Grad verwandt ist.



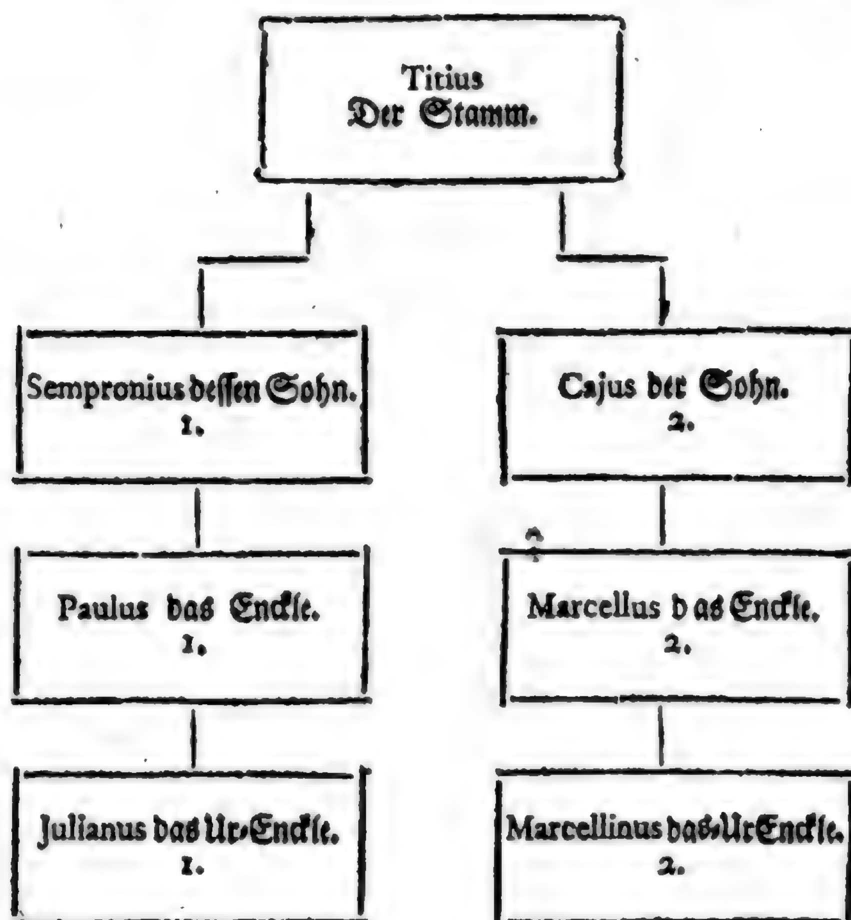
Der vierte Articul.

WO sich Erb-Fall begeben zwischen den Seiten-Erben, und einer zu wissen begehrt, wie nahend dieselben Seiten-Erben einander gefreundt, und mit Sipt-Schafft verwandt seyen, so sollen dieselben Personen in die Zwerch-Lini, gegeneinander über, auf zwey Seiten gestellt, und zu zehlen angefangen werden, von der ersten Person, derhalben die Frag ist, über sich, biß zu dem gemeinen Stammen, davon dieselben Seiten-Erben beyderseits herkommen, und darnach von demselben gemeinen Stammen, herab auf der anderen Seiten wieder gezehlt werden, abermahls biß auf die andere Person, derhalben die Frag ist, und als vil Personen zwischen ihrer beyder gemeinen Stammen seynd, so vil sein auch der Grad, doch den gemeinen Stammen hindann gesetzt, also, nimme zweyer Brüder Enckl, stell sie neben einander, und zehl oder rechne von dem Enickl über sich, biß zu ihren Ur-An, das ist ihr gemeiner Stamm, davon sie beyderseits herkommen, und dann von demselben Stammen, soll darnach auf der andern Seiten, wider herab biß auf das Enickel auch gezehlt werden, so finden sich mit dem gemeinen Stammen siben Personen, von denen wirff eine hinweg, so seyn demnach der Grad zwischen zweyen Brüder Enickel sechs.

Summarium.

1. Welcher Gestalten dem Burgerlichen Recht nach die Zehlung der Grad in der Seiten Lini geschehen soll?

1. IN dem vorgehenden Art. ist geredt worden, von Zehlung der Grad in ab- und auffsteigender Lini, welche an sich selbsten leicht ist, aber bey der Seiten- oder Zwerch-Lini ist die Sach schwerer; dann gleichwie zu Erkennung der Grad der ab und auffsteigenden Lini nichts anders erfordert wird, als die Zehlung der Personen, oder Generationen in einer Lini auf oder absteigendt, welche directè einander erben, wie aus vorigen Exemplen erhellet, also muß bey Zehlung der Grad der Seiten-Lini allzeit ein dopplete Lini gezogen werden im Auffsteigen, biß man zum gemeinen Stammen solcher Personen kommt, von deren Freundschafft die Frag ist; unser Art. setzt ein Exempel von zweyer Brüder Encklen, im wie vilten Grad sie einander befreund seyen, und sagt, im 6. Grad, welches also anzurechnen ist; setze zweyer Brüder Encklen auf beyder Seiten, hernach die Bruders Kinder, und endlich die Brüder selbsten, deren Vatter der gemeine Stamm ist; nun wird man 7. Personen mit dem gemeinen Stammen finden, welcher wann ausgelöscht wird, 6. Personen verbleiben, aus welchem erhellet, daß zweyer Brüder Encklen im 6. Grad einander befreundt seyen, das Exempel wird gleich nachgesetzt werden, damit es mit dem Text selbsten vor Augen lige.



In welchem Exempel man sihet, daß zwey Brüder seyen der Sempronius und der Cajus, und ihre Enckle Julianus und Marcellinus. Dise alle nun thun beyderseits von einem Stammen dem Titio abstammen, und machen 6. Personen aus, seynd also, nach ausgelöschten Stammen beyder Brüder Enckle im 6. Grad einander befreundt, die Brüders Söhn aber im 4. und die Brüder selbst einander im 2. Grad. Kurtz hernach werden wir mehrere Exempel sehen, welche in unsern Land-Rechten selbsten gesetzt worden.

Der fünffte Articul.

Damit auch, wegen der Heyrath, männiglich wisse, wie die Sipt-Zahl nach Geistlichen Rechten zu rechnen, so ist allein diß zu mercken; Wann zwischen zweyen Personen die Frag ist, wie nahent sie nach Geistlichen Rechten versipt seyn, und da sie nicht gleich weit, sonder eine aus ihnen weiter vom gemeinen Stammen, so fangt man unten, von der Person an zu zehlen, welche am weitisten von dem Stammen ist, von welchem beyde Personen herkommen, und zehlt hinauf biß zu dem gemeinen Stammen alle Personen; So vil dann Personen gezehlt werden, so vil sein Grad der Siptschafft, um einen minder. Seyn aber die Personen gleich weit vom Stammen, so gilt es gleich, von welchem man anfangt zu zehlen, und was nicht über den 4. Grad ist, und den fünfften nicht erreicht, in solcher Siptschafft seyn die Heyrath, ohne sondere Dispensation, und Erlaubnuß der Geistlichen Obrigkeit verbotten; Als wann zweyen Brüder wären gewesen, deren einer hätte ein Enickel, der ander ein Ur-Enickel verlassen, so seyn vom Ur-Enickel hinauf biß auf diser beyder Brüder Vatter, als den gemeinen Stam-

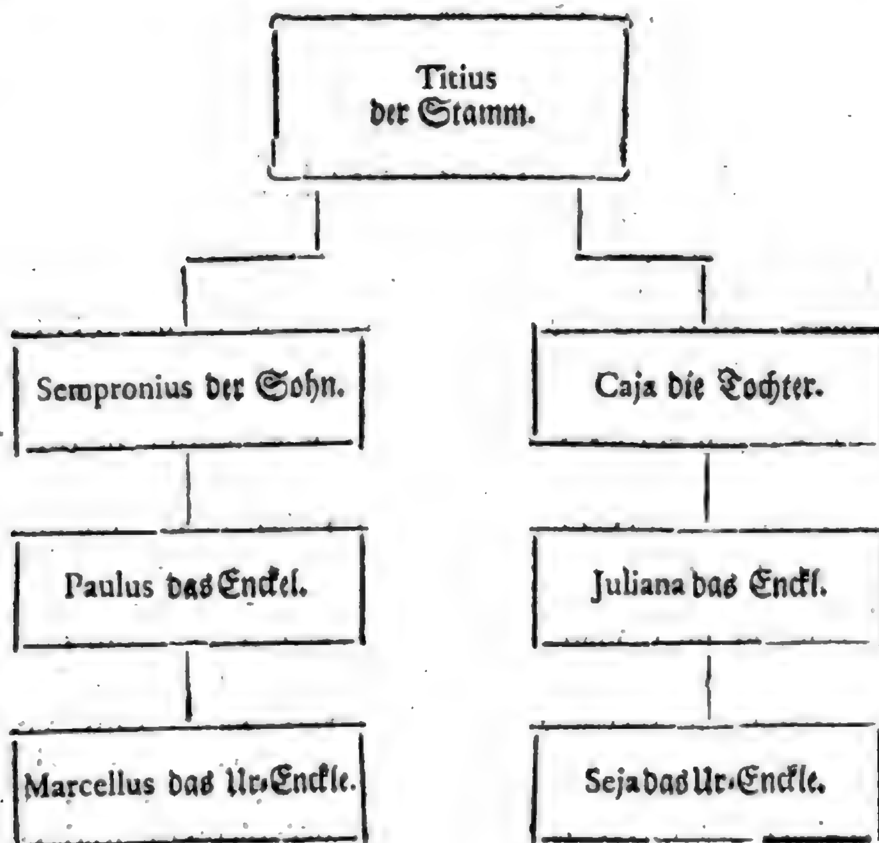
Stammen, 5. Personen, und also die zwey Personen im 4. Grad, derwegen sie ohne Dispensation nicht mögen zusammen heyrathen, und wann gleich der ander Brüder auch ein Ur-Enickel hätte verlassen, wären sie dannoch im 4. Grad.

Summaria.

1. Welcher Gestalten dem Geistlichen Recht nach die Zehlung der Grad geschehen soll, und was Rechtens, wann die *Linien* gleich seynd?

2. Was Rechtens, wann die *Linien* ungleich seynd?

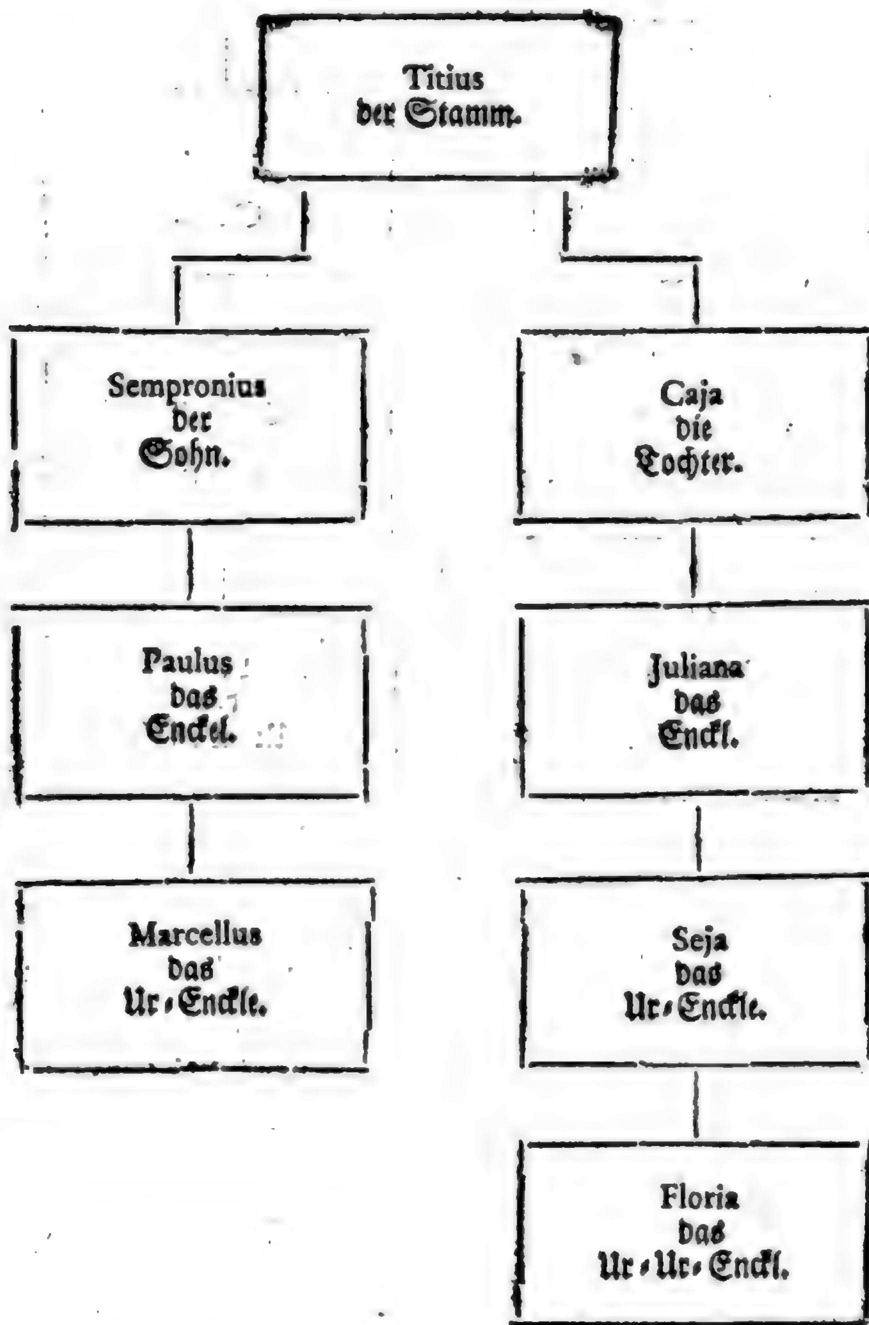
1. DJe Berechnung, welche im vorgehendem Art. wir gemacht haben, ist dem Burgerlichen Recht gemäß, gleichwie aber wir schon oben gesagt haben, daß dem Geistlichen Recht nach die Zehlung der Grad anderst gemacht werde, deßwegen thut auch gegenwärtiger Art. solche Berechung über die massen schön vor Augen legen, und sagt, wann einer wissen will, welcher Gestalten, was das Heyrathen betrifft, dem Geistlichen Recht nach die Grad der Freundschafft gezehlt werden, diß hauptsächlich zu beobachten seye, ob jene Personen, von der Zusammen-Heyrathung die Frag ist, gleich oder ungleich weit vom gemeinen Stammen entfernt seyen? Seind sie gleich weit entfernt, so zehlt man allein die Persohnen einer Seits, und so vil Personen man find nach ausgelöschten Stammen, so vil seynd Grad: Wann aber die Linien ungleich seynd, also daß einer Seits mehrere Personen seynd, als auf der anderen Seiten, so müssen die Personen von jener Seiten gezehlt werden, wo mehrere Personen seyn. Wir wollen das vorige Exempel wider nemmen, und fragen, in welchem Grad dem gemeinen Recht nach die Enckleη beyder Geschlechts zweyer Brüder einander verwandt seyen? Und in welchem Grad des Bruders Enckle mit dem Ur-Enckle des anderen Bruders? Und wir sagen, daß die Enckle zweyer Brüder im 3. Grad, das Enckle aber und das Ur-Enckle in 4. Grad seyen, Krafft diser Figur, und Vorriß.



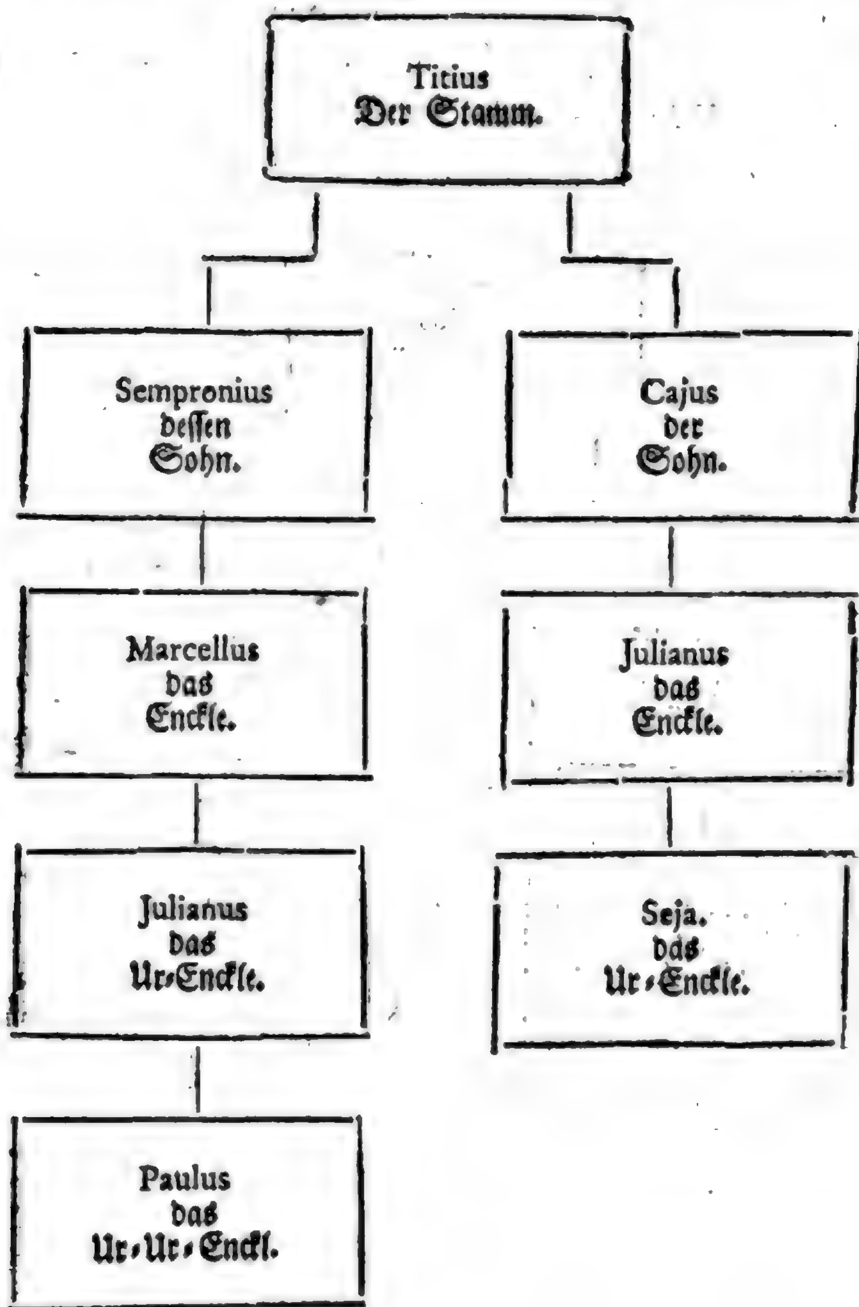
Hier

Hier sieht man, daß beyde Linien gleich seye, und nach ausgelöschten Stammen nur 3. Personen in sich begreiffen, seynd also der Marcellus und die Seja dem Geistlichen Recht nacheinander in 3. Grad befreundt, obwohlen dem Weltlichen Recht nach sie im 6. Grad seynd.

Ein anderes Exempel setzen wir von der ungleichen Lini, welches also lautet: 21

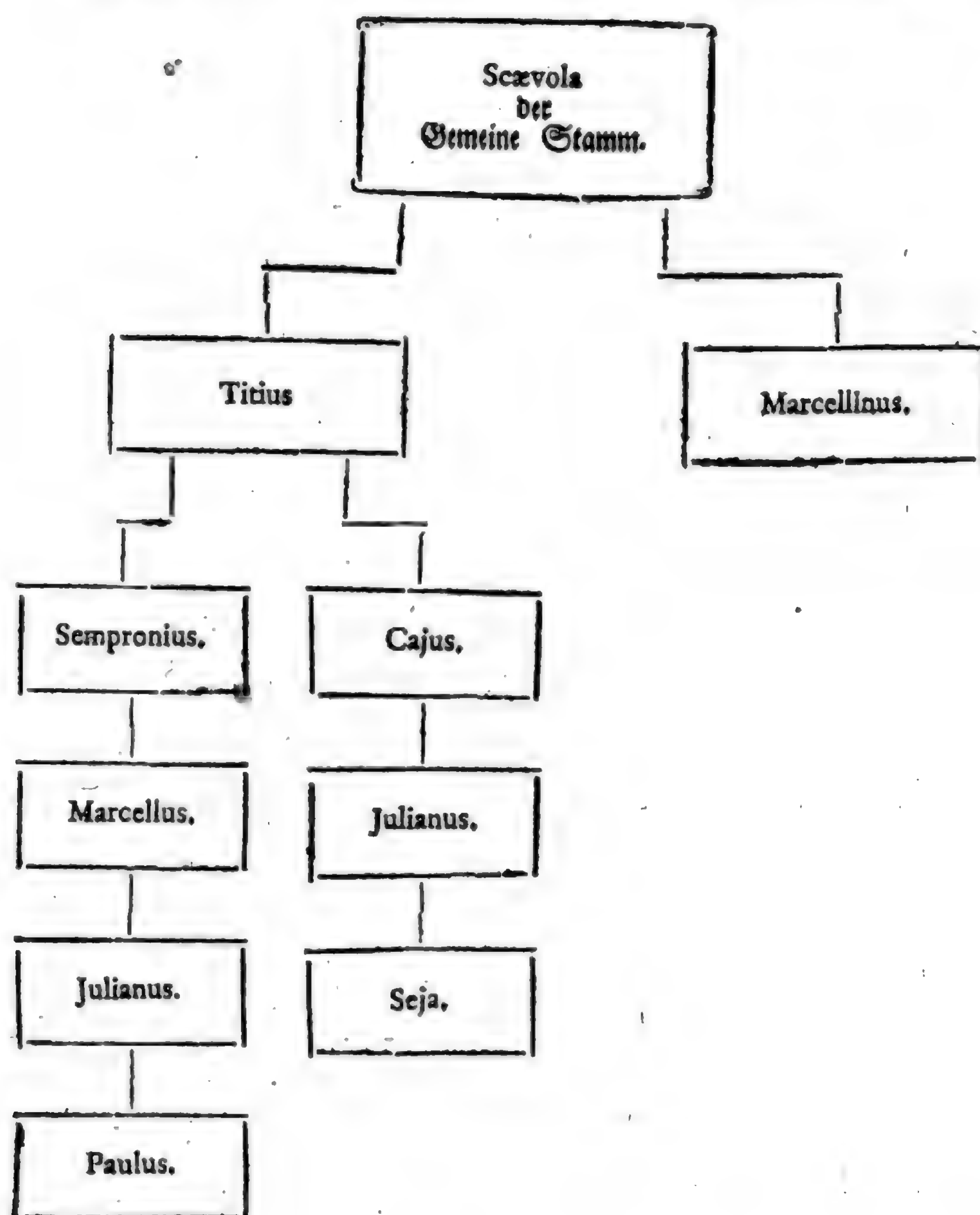


Hier sieht man, daß die andere Lini 4. Personen in sich begreiffe, und also ungleich seye, es muß also die Abzehlung der Grad nach dem Geistlichen Recht geschehen, nicht nach der kürzeren, sonder nach der längeren Lini, und also seynd Marcellus und die Floria einander im 4. Grad befreundt, obwohlen sie nach dem Weltlichen Recht einander im sibenden Grad verwandt seyn, weil nach ausgelöschten Stammen in beyden Linien 7. Personen gefunden werden. Unser Art. macht ein Exempel von zwey Brüdern, deren einer ein Enckl, der ander aber ein Ur-Enckl hinterlaßt. Dise Personen seynd einander dem Geistlichen Recht nach im 4. Grad verwandt, das Exempel lautet also

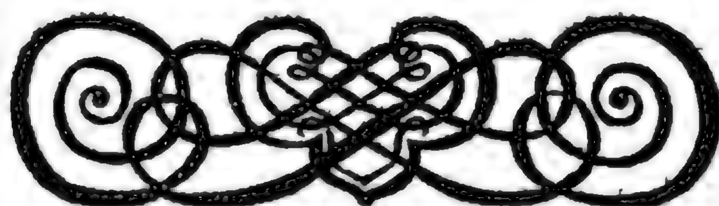


Aus welchem man sieht, daß die Seiten-Lini rechter Hand neben dem gemeinen Stammen 4. Personen in sich halte, die lincke Seiten-Lini aber nur 3. seynd also der Paulus und die Seja dem Geistlichen Recht nach im 4. Grad, und folglich können sie einander nicht heyrathen; Dem Weltlichen Recht nach aber seynd sie im 7. Grad; Und also, wann man setzt, der Titius habe gehabt einen Bruder mit Nahmen Modestinus, der ohne Kinder gestorben, sonder allein als seine nächste Freund obgemelte letztere Personen hinterlassen habe, welche vom Bruder abstammen; So muß noch ein gemeiner Stamm beygesetzt werden, nachdem diser ausgelöscht worden, wird man klar sehen, daß die Seja dem Marcellino um einen Grad näher seye als der Paulus, das Exempel lautet also:

Sex-



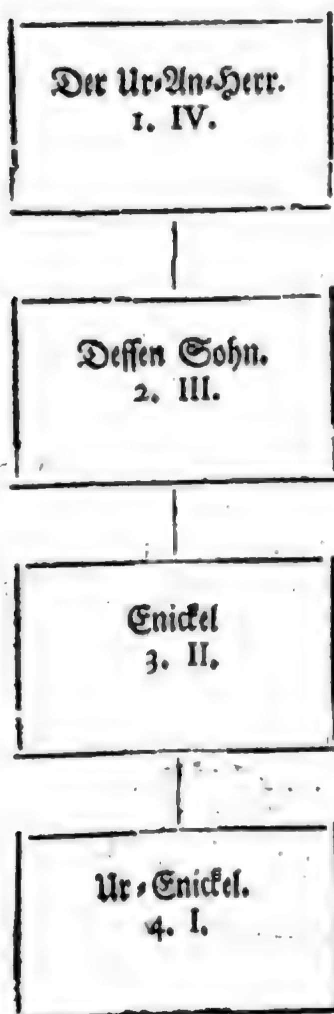
Ist also dem Marcellino der Paulus im 6. Grad, und Seja im 5. weil nachdem Scævola als der gemeine Stamm ausgelöscht worden, von jeder Lini respectivè 6. und 5. Personen gezehlt werden.



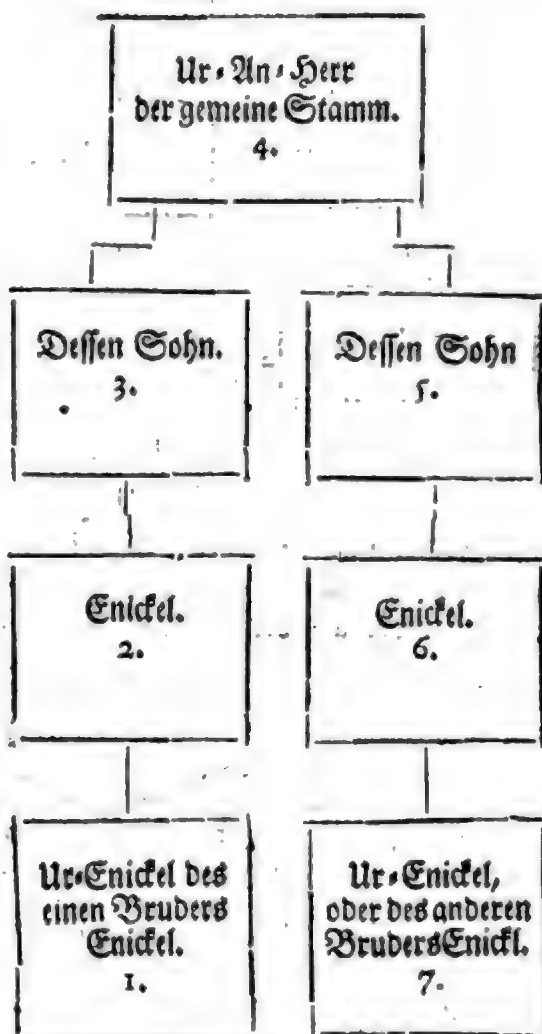
Der sechste Articul.

Im Exempel des dritten Articuls bedeutet die teutsche Ziffer 1. 2. 3. 4. wie man vom Ur-An-Herrn biß auf das Ur-Enickel herab zehlet, und die Lateinische Ziffer I. II. III. IV. bedeut, wie man vom Ur-Enickel hinauf zehlet. Im Exempel vierten Articuls zehlet man vom Ur-Enickel biß zum Stammen, und wider herab biß zu dem andern Ur-Enickel, und dise Ur-Enickel seyn zweyer Brüder Enickel, also im 6. Grad. Im ersten Exempel des fünfften Articuls seyn die Personen ungleich weit von den gemeinen Stammen, derwegen so fangt man an zu zehlen von dem Weitisten, nemlich von des einen Bruders Ur-Enckel, oder des gemeinen Stammens, oder Ur-An-Herrns Ur-ur-Enckel, biß hinauf zu dem Ur-Ur-An-Herrn. Im andern Exempel, mag man auf der einen oder andern Seiten anfangen zu zehlen, dann es gilt gleich, und wie wohl sie ebenfalls im 4. Grad seyn, so dispensirt man doch lieber, weder wann sie ungleich wären, wie die im ersten Exempel.

Exempel dritten Articuls. 42. Tituls.



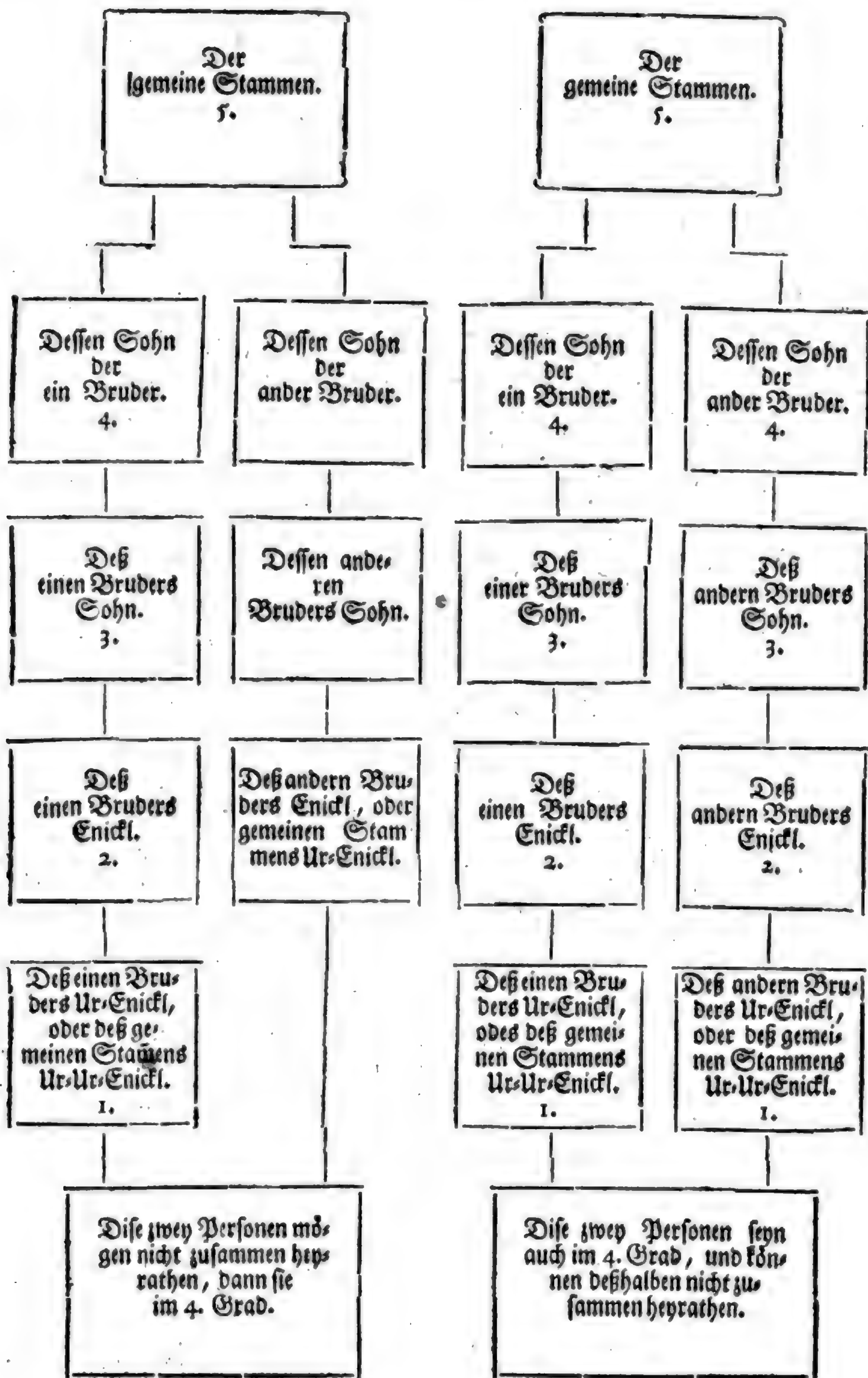
Exempel vierten Articuls. 42. Tituls.



Erst

Erst Exempel des 5. Art. 42. Tituls.

Ander Exempel des 5. Art. 42. Tituls.



Sum-

Summaria.

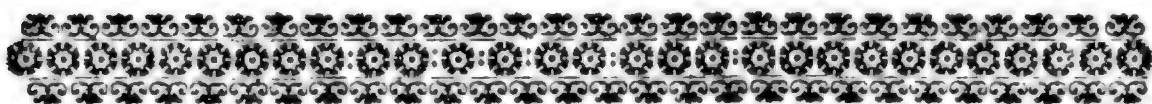
1. Ob nicht der *Justinianus* selbsten eine Figur oder *Schema*, wie die Grad zu zehlen, hinterlassen, und wohin solches gekommen?

2. Geschieht eine Berechnung aller Personen im kurtzen Begriff, welche im ersten biß auf den 6. Grad einander befreund seynd?

1. In disem Art. setzt der Gesatz-Geber Exempel, welcher gestalten so wohl in auf, als absteigender Lini, absonderlich aber in der Zwerch oder Seiten Lini die Berechnung der Graden geschehen solle. Es wird zwar gesagt, daß der Kayser Justinianus ein Schema, wie die Grad sollen gezehlt werden, hinterlassen habe, dises aber ist nach Zeugnuß des Giphanii in explanat. Inst. jur. tit. de gradu conjunction. in fin. zu Grund gangen, weil kein so altes Buch gefunden wird, in welchem das Justinianische Schema stunde, aber in etlichen geschribnen Büchern ist an disem Ort ein lehrer Platz gelassen worden, zweiffelsohne zu dem Ende, damit wann des Justiniani Schema gefunden wurde, es dorthin eingetragen werden könnte; Und dahero kommt es, daß man fast so vil Schemata hat, als vil Authores über die Materi der Erbschafften ab intestato geschriben haben, zu Zeiten einander gantz zuwider, welcher Unterschied macht, daß die Sach, welche an sich selbst sehr obscur und dunckl ist, wegen der Recht-Gelehrten widrigen Meynungen noch obscurer wird. Vil machen die Stemata in Form eines Baums, wie dann auch unsere Bayrische Reformation von Anno 1588. die Berechnung der Grad im Form eines Baums gestellt hat, aber eben die Abtheilung der Näst leidet seine Beschwernussen, man mag den gemeinen Stammen anfangen von der Wurtzel des Baums, welches gemeiniglich geschieht, oder von dem Gipfel des Baums, wie unsere Bayerische Reformation von Anno 1588. welches die Ursach ist, daß unser Durchleuchtigiste Gesatz-Geber die leichtere Arth und Weiß gebraucht hat, da er nemlichdurch Ziehung der Linien, und auf- und absteigend die Personen vorstellt, von deren Freundschafft gehandlet wird, damit der geneigte Leser in denen gestelten Exemplen sehen, und aus selben leicht andere machen kan. D. Manz hat der Bayrischen Arth die Grad abzuzehlen in seinem schönen Tractat de success. ab intestato nachgefolgt, und so vil Exempel gemacht, daß sich kaum ein Fall ergeben kan, welchen man nicht in seinen Exemplen in specie ausgemachter finden kan, wohin wir den geneigten Leser anweisen.

2. Wir wollen kürtzlich in einem kleinen Begriff etwas weniges von Berechnung der Grad reden, daß nemlich mir in ersten Grad in der auffsteigenden Lini mein Vatter, und mein Mutter befreundt seyen, und in absteigender Lini mein Sohn, und mein Tochter. Die Seiten Lini aber hat keinen ersten Grad. Aus Ursach, weil unter Brüderen und Schwestern keine Generation ist, aller Grad aber entspringt aus der Generation. Lese den Manz ad prin. tit. 3. de gradu cogn. In dem anderen Grad seynd mir befreundt mein An-Herr und mein An-Frau in der auffsteigenden Lini, in der absteigenden Lini, meine Enckle, und in der Seiten Lini mein Bruder und Schwester: In dem dritten Grad seynd mir verwandt mein Ur-An-Herr und Ur-An-Frau in der auffsteigenden Lini, in der absteigenden Lini aber meine Ur-Enckl, und in der Seiten-Lini mein meiner Mutter Bruder, und Mutters Schwester. In dem vierten Grad auffsteigenden Lini mein Ur-Ur-An-Herr, und mein Ur-Ur-An-Frau, in der absteigenden Lini meine Ur-Ur-Enckl, in Seiten-Lini aber meines Bruders und Schwesters Kinder, meines An-Herrn Bruder, meiner An-Herrn Schwester: meiner An-Frau Bruder oder Schwester. Item in disem 4. Grad seynd mir befreundt die Geschwistrigt Kinder, das ist, die Söhn aus 2. Brüdern, oder Schwestern, item die Söhn aus einer Schwester, und Bruder. Und endlich die Söhn oder Töchter aus zweyen Schwestern gebohrn. In dem fünfften Grad ist mir vergsiptschafft in der auffsteigenden Lini meines Groß-Vatters Ur-An-Herr, und Ur-An-Frau, in der absteigenden Lini meine Enckle in 5. Grad, in der Seiten-Lini meines Bruders oder Schwesters Ur-Enckle. Item des Ur-An-Herrn Bruder, oder Schwester, der Ur-An-Frau Bruder oder Schwester, item meines Bruders oder Schwesters Söhns

Söhns Kinder, in gleichem Grad werden gezehlt, des Groß-Vatters Bruders Söhn oder Töchter. In dem 6ten Grad seynd der Ur-Ur-Groß-Vatter, und Ur-Ur-Groß-Mutter, als des dritten An-Herrn An-Herr, und aus den Absteigenden des dritten Encklens Encklen. In der Seiten-Lini aber des Ur-Ur-An-Herrn Bruder, des Ur-Ur-An-Herrn Schwester, der Ur-Ur-An-Frau Bruder, der Ur-Ur-An-Frau Schwester. Item in disem Grad seynd des Groß-Vatters Bruders, oder Schwester, des Groß-Mutter Bruders oder Schwesters Söhn und Töchtern. Endlich in dem 6. Grad seynd mir befreund die dritte Kinder, oder Geschwistrigt Kinds-Kinder. Uber dise alle können gelesen werden die DD. die über den Titul de grad. cogn. schreiben. Wir aber schreitten weiters, weil sich selten ein Casus zutragt, welcher den 5. oder 6. Grad übersteigt, wann der geneigte Leser sich exerciren und üben will, wird er gar leicht all dise Personen in gewisse Schemata setzen, und hernach weitere biß auf den 10. Grad oder Generation beysetzen können. Bey welcher Berechnung, wie wir oben gesagt haben, in der Seiten-Lini die nahe der Freundschafft sich meistens endet, obwohlen in der absteigenden und auffsteigenden Lini bey grossen Häusern und Familien gar offt weit mehrere Grad der Generationen gezehlt werden, gleichwie in dem Buch der Generationen von Abraham biß zum unsern Welt Erlöser Christum 40. enthalten seynd, und wir selbsten in der Generation des Chur-Bayrischen Hauß von Ottone Wittlspach, biß zu dem jetzigen Durchleuchtigisten Chur-Fürsten Max. Emanuel 15. Grad zehlen.



Des XLIII. Tituls

Wie die Beschreibung der verlassner Haab und Güther, von den Erben, auch Vormundern, und Geschäfftigern beschehen, und die letzten Willen vollzogen sollen werden.

Erster Articul.

Stirbt jemand mit oder ohne Geschäfft, so sollen desselben Verstorbnen nächste Erben, die sich in die verlassene Erbschafft vermischt, oder die mit gutem Willen angenommen haben, oder auch diejenigen, so mit vorbehaltner Freyheit auf künfftiges Inventari, die Erbschafft, ihrenthalben unvermischt, annemmen wöllen, in Beywesen des Richters, oder Gericht-Schreibers des Orts, oder wen der Richter darzu verordnet, auch zweyer anderer glaubhafftiger Personen, und wo es in einer Stadt, oder Marckt ist, derjenigen, welche vom Rath darzu verschafft werden, oder wem solches von Obrigkeit wegen zustehet, des abgestorbenen verlassne Haab, Brieff, und anderes, alsbal-

alsbalden mit Versperrung, und sonst nach dem besten verwahren, und die Schlissel zu ihren Händen nemmen.

Wo auch die Erben und Personen darzu gehörig, so bald nicht all entgegen seyn möchten, sollen die anderen Erben und Freund, so gegenwärtig seynd, solch Sperr fürnemmen, und der Obrigkeit alsbald den Todt-Fall anzeigen, bey Verliehrung der Freyheit, welche die Inventur einem Erben, vermög der Rechten, geben thut; Da aber die Erben die Inventur nicht wolten fürnemmen, kan man sie gleichwohl darzu nicht dringen, es sey dann daß etlich der Erben unvogtbahr, und minderjährig, oder abwesendt, oder auch so arm, daß zu besorgen, da sie die Erbschafft unter sich brächten, des verstorbenen Erblassers Glaubiger die Bezahlung von ihnen nicht möchten bekommen, sonder in Gefahr des Verlursts stunden, oder da es unter dem gemeinen Bauers-Mann wäre; in solchen Fällen soll die Obrigkeit die Inventur-Amts halben, auch wider der Erben Willen fürnemmen, wie auch in der Pollicey-Ordnung theils versehen ist. So vil aber die Versperrung belangt, soll die in allweg mehrer Sicherheit halben, durch die Obrigkeit fürgenommen werden.

Summaria.

1. Wem die *Obsignation*, und Beschreibung der Güther oblige, und was dabey zu beobachten seye?
2. Ob die Erben nach rechtmässig vollbrachter *Obsignation* sich erklären müssen, ob sie die Erbschafft ohne Freyheit des *Inventarii* antretten wollen?
3. Welche *Casus* seynd, in welchen ein *Inventari* auch wider Willen der Erben gemacht werden kan?
4. Wann nicht der Hauß-Vatter sonder seine Ehe-Frau stirbt, ob ein *Inventari* müsse und könne gemacht werden?
5. Ob der Erb wider seinen Willen wegen denen Steurn zu Machung eines *Inventari* gezwungen werden könne?

Es ist öffters bey Auslegung unserer Land-Rechten Meldung geschehen von der Freyheit des Inventarii, und von dessen Wirckung, absonderlich aber bey der Materi von Vormunderen, und Vorsorgern, und in denen letzteren zwey Tituln von Erbschafften durch oder ohne Testament, jetzt aus der Reformation de Anno 1588. wird ein besonderer Titul von Obsignation und Beschreibung oder Inventirung desjenigen Gütheren, welche entweders mit oder ohne Testament gestorben ist. Und vor allem ist die Frag, wem die Obsignation und Beschreibung der Güther oblige?

1. Auf welches der Art. in jedem Casu antwortet, daß, wann einer mit oder ohne Testament und letzten Willen gestorben ist, die nächste Erben verbunden seyen, den Todt-Fall der Obrigkeit oder ordentlichen Richter anzuzeigen, damit des verstorbenen Mobilien, Brieffschafften und anderes in ein gewisses Orth gebracht, und satsam versichert werden können, und dise Versorgung oder Verschliessung thut 2. unser Art. denen nächsten Erben zulassen, doch 3. also, daß solches in Gegenwarth des Richters, oder Gericht-Schreibers, oder deren, welche vom Richter, oder in Städten von der Obrigkeit zu solchem Geschäfft beordret seyn, und 4. mit Zuziehung zweyer Zeugen, doch 5. also, damit solch also verschlossner Sachen die Obsignation grösserer Sicherheit halben den Richter oder Obrigkeit zu stehen solle; Die Schlissel aber 6. wie wir vermeynen, obwohlen die Wort zweyfelhafftig seynd, werden denen nächsten Be-

Befreundten überlassen, und dises. 7. ist zu beobachten, es mögen sich die nägste Befreundte in die Erbschafft gutwillig eingemischt haben, weilen sie sattsam sich versichert wissen: Oder auch jene, welche sich nicht einmischen, sonder die Freyheit des Inventarii erwarten wollen. Aus Ursach, weilen jenen, welche sich nicht also gleich erklären wollen, oder können, ob sie die Erbschafft antretten wollen oder nicht, bedenck Zeit nicht benommen werden kan: Wann aber 8. die nächste Erben entweders nicht alle, oder zum theil nicht gleich verhanden seynd, sonder anderstwo wohnen, so müssen jene aus denen nächsten Freunden, so anwesend seynd, die Stell der Abwesenden vertretten, und was wir erst gesagt haben, nöthig zu seyn, beobachten. 9. Unter der ausdrucklichen Straff, daß die nächste Erben, welche die Obsignation vernachlässigen, darfür gehalten werden, als wann sie die Freyheit des Inventarii vernachlässigt hätten. Aus Ursach, weilen sie für verdächtig gehalten werden, daß sie aus des Verstorbnen Verlassenschafft etwas vertuscht haben, oder vertuschen wollen, es ist also um alle widrigen Verdacht zu haben, die Obsignation höchst nöthig, wie der Art. sagt, alsbalden, das ist, ohne Verweilung, also gleich, welches Wort zweymahlen wiederhollt wird, um den Ernst diser Verordnung an Tag zu legen, dann es ist nirgends ein grössere Gefahr einer Vertuschung erbschafftlicher Sachen (welche wir Expilationem hæreditatis, oder crimen rerum amotarum zu Latein nennen) als wann der Krancke in Zügen liget, oder schon verstorben ist, und die Obsignation verschoben wird; Weilen Fast über all das Sprichwort gehet, wann der Krancke ziehet, ziehen auch die Erben und Freund. Wir können heilig bezeugen, daß auch bey Reichen Baurn unter hundert Inventurn kaum einen wir gefunden haben, welcher an parn Geld über die tägliche Ausgaben etwas hinterlassen hat, weilen jedoch wir einige gehabt haben, welche ihren Töchtern 5. und 600. fl. par Geld zum Heyrathguth gegeben; Dessen ja keine andere Ursach gewesen, als daß die hinderlassne Wittiben und Erben, ehe der Richter darzwischen kommt, das pare Geld schon auf die Seiten geraumt haben.

2. Die andere Frag ist, was auf die rechtmässig beschehne Obsignation folge? Und wir sagen, daß entweders die im Testament geschribne, oder die ob intestato kommende Erben sich erklären müssen, ob sie die Erbschafft mit oder ohne Inventario antretten wollen, welches Regul-mässig jedem freystehet, weil die Machung des Inventarii eine Gutthat ist, solche aber ausser den excipirten Fällen niemand wider Willen aufgebürdet wird.

3. Die dritte Frag ist, welche jene Fäll seyen, bey welchen die Machung des Inventarii und Beschreibung der Güther, auch wider Willen der Erben geschehen müsse? Und unser Art. antwortet, es seye der erste Casus, wann die Pupillen oder Minderjährige völlige Erben oder nur zum theil seynd: Dann solche haben entweders Vormunder oder Vorsorger, oder nicht. In ersten Fall, wird eben darum præsupponirt, daß zur Zeit der angetrettenen Erbschafft von ihnen ein Inventarii gemacht worden, oder wann solches nicht gemacht worden, solches zu machen oblige, weil die Vormunder und Vorsorger gehalten seynd, Rechnung zu geben, alle aber, welche Rechnung geben müssen, die müssen ein Inventari machen. L. 1. §. 3. ff. de tut. & rat. distrah. Myndan. de Process. Camer. lib. 2. cap. 69. n. 7. In dem anderen Fall, weilen villeicht die Erbschafft denen Pupillen oder Minderjährigen erst nach der Hand zugefallen, liget denen Vormundern oder Vorsorgern ob, daß sie das zuvor gemachte Inventarium ersetzen und erfüllen, und die angefallene Erbschafft dem ersteren Inventario getreylich eintragen. Der andere Casus ist, wann entweders im Testament eingesetzte, oder ab intestato kommende Erb abwesend ist. Dann die Abwesenheit ist eine rechtmässige Ursach, daß der Richter oder Obrigkeit ihme Vorsehung thue, und die Erbschafft beschreibe. Der drite Casus ist, wann in der Erbschafft Glaubigere gefunden werden, und der im Testament eingesetzte oder ab intestato kommende Erb so arm ist, daß eine Gefahr obwaltet, daß, wann er die Erbschafft unter seine Hand bekommt, die Glaubiger an der Bezahlung Schaden leiden mögen. Und endlich der 4. Casus ist, wann man von der Erbschafft eines gemeinen oder Baurs-Manns handlet, welcher doch Krafft des 5. Tit. 2. Art. 1. lib. des Lands und Policey Ordnung also einzuschräncken ist, wann dergleichen Leuth so unerfahren und simpel seynd, daß sie ihren Sachen nicht vorstehen können, sonder gleichsam anderer Hülff nöthig haben, dann wann sie beym Alter und also beschaffen seynd, daß sie Alters und Verstands halben selbst das Ihrige vorsorgen können, so kan ihnen die Inventur wider Willen nicht aufgebürdet werden, in welchem doch sowohl in Städten, unter gemeinen Leuthen, als auch bey den Land-Gerichten, und Hoff-Marcken sehr vile Fehler vorbey gehen, weil die Richter und Obrigkeiten zu ihrem Nutzen und Gewinn alle Erben, sie mögen seyn, wer sie wollen, zum Inventirn anhalten, allein, da-

damit sie die Leuth mit Gerichts-Kösten beladen, und ihren Beuttel spicken. Mit diser Gelegenheit.

4. Entspringt die 4. Frag, ob die Machung des Inventarii geschehen müsse oder könne, wann nicht der Hauß-Vatter, sonder seine Hauß-Frau stirbt? Auf dem Land schreitten die Richter, welche der Land-Gerichtlichen oder Hoff-Marcklichen Jurisdiction vorstehen, ohne allen Scrupel zur Obsignation, und Inventur, ja, welches gar lächerlich ist, beschreiben sie wegen des Weibs-Todt alle des Baurns-Güther, als wann er gestorben wäre, allein, damit sie den wegen der Obsignation und Inventur der Güther, schuldigen Tax begehren können, welches ja böß ist, weil einer bey lebenden Leib keinen Erben nöthig hat, wo aber kein Erb ist, dort hat man auch kein Obsignation und Beschreibung der Güther nöthig. Es ist also ein Unterschied zu machen, ob nach verstorbner Ehe-Wirthin liquid seye, was ihr vom lebenden Ehe-Mann am Heyrath oder paraphernal Güthern gebühre, oder ob diß nicht liquid seye? In ersten Fall, welches meistens geschieht, weilen dise Baurs-Leuth ihre liquide Heyrath-Brieff und andere Urkunden haben, mit welchen sie erweisen können, was ihnen aus dem Guth, welches der Mann besitzt, gebührt, und in disem Casu hat man keine Obsignation und Inventur nöthig, sie mag Fremden, oder Kinder zu Erben haben: In dem andern Casu aber, wann des Weibs-Forderungen, so sie auf des Manns-Güthern hat, nicht liquid seynd, und bekannt ist, daß das Weib bona receptitia habe, villeicht aus einer Erbschafft, oder sonsten woher, ist nothwendig, daß vom Richter oder Obrigkeit die Obsignation und Inventirung geschehe, absonderlich, wann die Kinder noch Pupillen, oder Minderjährig, oder die nächste Freund abwesend, und ungewiß seynd, weil dem Richterlichen Amt obligt, daß es an statt ihrer, welche ihnen selbsten nicht vorsorgen können, entweders wegen nicht genugsammen Alters, Abwesenheit, oder Unwissenheit, die Obsignation und Beschreibung der Güther geschehe. Ja, weilen die Eltern bey Baurs-Leuthen in ihrer Kinder Güther nach Gewohnheit unsers Vatterlands weder die Nutz-Niessung noch die Administration haben, so gezimmt sich, daß ihnen, wann sie Pupillen oder Minderjährig seynd, was die Mütterliche Güther betrifft, Vormunder oder Vorsorger bestellt werden, oder über die Güther des verstorbnen Weibs, wann die Erben noch nicht bekannt oder wenigist abwesent seyn, muß ein Versorger bestellt werden, biß ausgemacht wird, wem die Erbschafft von Rechtswegen gebührt, des Manns-Güther aber seynd diser Obsignation und Inventirung nicht unterworffen.

Fünfftens wird gefragt, wann der Erb vogtbar ist, und ausdrucklich protestirt, daß er die Erbschafft ohne Inventari antretten wolle, ob ihm deßwegen die Inventirung und Beschreibung der Güther aufgebürdet werden könne, damit man wisse, ob er nichts von Steurn verschwigen und hinterhalten habe? dise Frag fallt öffters in Städten und Marckt-Flecken bey, als auf dem Land bey Land-Gerichten und Hoff-Marchen, dann die Baurn haben Nachbeschaffenheit ihrer Güther eine gewisse Steur, in einigen Büchern, die Steur-Bücher genannt, wovon nichts genommen, noch beygesetzt werden kan. Die Burger aber in Städten und Marckt-Flecken præstirn gemeiniglich geschwohrne Steurn, weil sie angehalten werden, ihr Vermögen eydliche anzusagen, welches nach Umlauff etlicher Jahren gemeiniglich wiederhollt wird, damit keinem Unrecht geschieht, weil die Mittel der Leuthen nicht allzeit in gleichem Stand seynd, sonder öffters wachsen und abnemmen. Wir antworten also auf die gestellte Frag, daß dise Ursach regulmäßig, um einem wider Willen die Obrigkeitliche Obsignation und Inventur aufzuburden, nicht genug seye: Aus Ursach, weilen schon A. 1617. in unsern Vatterland die Steurn bezogen worden, und gar gewiß ist, und erhellet aus dem Recess. Provinc. von Ao. 1612. daß eine gewisse Steur auf 9. Jahr mit dem Lands-Fürsten bedungen, und doch in den Bayrischen Statuten in disem Art. und 5. Tit. 2. Art. 1. lib. der Lands und Pollicey-Ordnung, sehr scharff verbotten worden, daß keiner wider seinen Willen, der nicht unter denen ausgenommenen Persohnen ist, zu Inventur und Beschreibung der angetrettnen Erbschafft genöthiget werden solle. Wann aber der Verwand der Steurn eine sattsamme Ursach wäre, so wären alle ohne Unterschied zu Beschreib- und Inventirung der Güther anzuhalten, und eben darum dise beyde Art. aus unsern Bayrische Land-Recht auszulöschen. Wir vermeynen, also, daß auf dem Land, wo die Unterthanen ihre gewisse Steur haben, diser Vorwand unkräfftig, noch in Städten und Märckten überall zu approbirn seye, sonder allein alsdann, wann ein glaubwirdiger Verdacht obwaltet, daß einer seine Güther nicht getreulich angegeben habe. Bey uns zwar geschieht selten, daß wegen den Steurn eines seine Güther beschriben werden, wir erinneren uns doch, daß nicht unlängst in einer Reichs-Stadt diß geschehen, wo solche unverhoffte Beschrei-

bung

bung einem angesagt worden, und weilen er im Betrug erwischt worden, ist er um 100000. fl. bestrafft, und ist, wie uns erzehlt worden, nicht ohne Mackl aus dem Rath verstossen worden.

Der anderte Articul.

WAnn dann die Sporr- und Obsignation durch die Obrigkeit gehörter massen beschehen, soll darnach in 30. Tägen, den Nächsten nach demselben durch die Obrigkeit deren es des Orths zu stehet, ein gemeiner Beschreibungs-Tag aller verlassner Haab und Güther, benennt und angefangen werden; Als daß solche Beschreibung zum fürderlichisten, auf einen Tag, oder wo der Haab und Güther so vil wären, in den nächsten nachfolgenden Tagen, und aufs längst in einem Monath, es verhindere dann Ehehafft-Noth, geendet und vollzogen, auch alle hinderlassene Erbschafft, ligends und fahrends Recht und Gerechtigkeiten, Schulden und gegen Schulden, nach bestem Fleiß beschriben werden, alles in Gegenwart der hievor berührten verordneten Persohnen, die das Inventari und Schrifft sollen versiglen und verpettschafften, und in glaubwürdigen Form bringen helffen.

Wo aber dieselben verlassene Haab und Güther gar, oder eines Theils ausser Lands wären, so soll solche Beschreibung innerhalb 2. Monath beschehen, doch mögen die Erben, nach Beschaffenheit aller Umständ, Erstreckung solcher Zeit begehren.

Desgleichen sollen die Vormunder, Gerhaben, und Trager, der Wittiben und Waisen, mit samt den mindigen Erben, wo die entgegen wären, solch Verwahrung und Beschreibung, der verlassenen Haab und Güther, vorgeschribner massen auch thun, und solche beschribne Haab und Guth, soll nach der Beschreibung, in gemeiner Hand der Erben, Vormunder, oder Gerhaben, unverruckt ligen bleiben, damit darauf künfftig Rechnung, Theilung, und andere nothdürfftige Handlung mögen fürgenommen werden. Wo es auch die Erben begehren, soll ihnen von solcher Beschreibung gleich lauthend Abschrifft und Urkundt geben, auch jeder Zeit ein gleichlauthende glaubwürdige Abschrifft, zu der Obrigkeit Handen gelegt werden.

Summaria.

1. Ob die *Inventur*- und Beschreibung der Güther bey einen Burgers und Baurs-Leuthen von ordentlicher Obrigkeit geschehen müsse, und wie?
2. Wie vil Zeit zu Anfang- und Ausmachung des *Inventarii* anberaumbt seye?
3. Von was für einer Zeit der *Termin* die *Inventur* anzufangen, und zu endigen, anzurechnen seye, und ob diser *Termin legal* seye? Und ob er vom Richter verlängert werden könne?
4. In wem die Form des *Inventarii* bestehe?
5. Ob die vom Richter nicht Recht vorgenommene *Inventur* denen Partheyen zu Schaden gereiche?
6. Ob ein jeder, der Rechnung zu geben schuldig ist, verbunden seye ein *Inventari* zu machen, wann er nicht um allen Schaden gehalten seyn will?
7. Ob die Vormunder und Gerhaben das *Original Inventari* bey Handen haben müssen?

1. NAchdeme nun die Spörr und Obsignation auf solche Weiß, als in dem 1. Art. jetzt ausgelegt worden, geschehen, so schreittet man zur Inventur, weßwegen 1. verordnet wird, daß, was die gemeine Burgers und Leuth betrifft, von des Orths ordentlicher Obrigkeit geschehen müsse; Dann obwohlen wir in vorgehenden schon gesagt haben, daß die Inventur- und Beschreibung der Erbschafft, was die nicht ausgenommene Persohnen betrifft, von freyen Willen abhange, und nicht

nicht nothwendig seye, nichts destoweniger doch, weilen die Privilegia des Gesatz und des Inventarii groß seynd, thun meistens die gemeine einfältige Burgers und Baurs-Leuth in Städten, Märckten, und Dörffern wegen denen Schulden, welche meistens das Vermögen übersteigen, das Beneficium des Inventarii freywillig begehrn, und zu lassen, welches, wann geschieht, so muß ja solches die ordendliche Obrigkeit allein verrichten, weil diß ein Gerichtlicher Act ist, welcher denen Partheyen, denen daran gelegen ist, nicht anvertraut werden kan. Es wird doch 2. erfordert, daß die jenige, welche der Obsignation beygewohnt haben, auch zu Inventur- und Beschreibung gebraucht werden sollen, Krafft der Wort: Alles in Gegenwart der hievor verordneten Persohnen. Aus Ursach, weilen die Obsignation ein vorläuffiger Theil des Inventarii ist, also billig, daß, welche der Obsignation beygewohnt haben, auch zur Inventur gebraucht werden, damit sie den gantzen Act vollbringen. Es ist aber 3. ihr Amt, daß sie das Inventarium unterschreiben, und mit ihren Sieglen bestättigen.

2. Wie vil Zeit aber zu Anfang- und Verfertigung des Inventarii gestattet werde, haben wir in dem gemeinen Recht einen klarn Text in L. fin. §. donec tamen Cod. de jure delib. wo gesagt wird, daß das Inventarium zu sammen geschriben werden müsse, wann die Sachen verhanden seynd, inner 3. Monathen, oder wann sie abwesend gewesen, inner einem Jahr, welches Krafft des Text. in L. fin. §. sin autem dubius. Cod. de jure delib. was die Gegenwärtige betreffent: Also zu verstehen ist, daß inner 30. Täg das Inventarium müsse angefangen, und inner weitern 60. Tägen fertig gemacht werden. Mit welchem unser Art. schier über eins kommt, welcher zu Anfangung des Inventarii 30. Täg ansetzet, Zweiffels ohne, weil meistens der Brauch ist, daß nach dem in der Kirchen vollbrachten Dreyssigist des verstorbnen Befreundte und die Erben zu samen kommen, und wegen Antrettung der Erbschafft, oder derselben Anlassung sich berathschlagen, und wann sie für nöthig erachtet haben, sie zu Beschreibung der Erbschafft schreitten, ist also der Termin von 30. Tägen, zu Anfangung des Inventarii vorgeschriben, solches aber zu endigen, obwohlen das gemeine Recht andere zwey Monath oder 60. Täg zu setzt, befielcht unser Art. daß wanns möglich ist, das Inventarium an selben Tag, wo es angefangen worden, vollendet, oder aneinander so lang fortgesetzt werden soll, biß es vollendet worden, welches zu verstehen ist, wann die Erbschafft im Land ligt, dann wann sie gantz oder zum Theil ausser Land ist, so thut unser Art. 2. Monath vorschreiben, welcher Termin dem gemeinen Recht nach ein Jahr ist. Daß also dißfalls zwischen dem gemeinen und unsern Land-Recht ein Unterschied ist, obwohlen kein grosser, weil unser Art. in dem Fall, wo die Erbschafft ausser Land ligt, dem Richter die Verlängerung des Termins gestattet, also daß solche Verlängerung leicht auch auf ein Jahr hinaus sich erstrecken kan.

Von was Zeit aber ist der Termin des Inventarii anzufangen, und zu enden anzurehnen: Dem gemeinen Recht nach ist die Sach klar, dann der Text in dict. L. scimus. §. sin autem dubius. sagt ausdrucklich, daß das Inventarium seinen Anfang inner 30. Tägen nach eröffneten Testament, oder nachdem dem Erben der Innhalt des Testaments eröffnet, oder derselbe innen worden, daß ihme ab intestato die Erbschafft zu gefallen seye. Welches die Glossa sub lit. B. ex vers. sin verò ejusd. L. auslegt, nachdem der fremde Erb die Erbschafft angetretten hat, oder der Erb sich in die Erbschafft eingemischt hat. Es scheint aber, daß unser Art. den Anfang des ersten Monaths oder den 30. Tägen setze vom Tag der Obsignation. Durch welche Verordnung jener Unterschied gehoben wird, welcher dem gemeinen Recht nach unter denen Rechts-Gelehrten ist, deren einige wollen, daß der Tag der angefallenen Erbschafft zu beobachten seye, und andere der Tag der Erbschaffts Antrettung, unter welch beyden ja ein grosser Unterschied ist. Lese Ant. Faber in Cod. suo de jure delib. defin. 9. und Phanut. de invent. hæred. part. 1. n. 4. & seq. Dann, weilen, wie wir kurtz hernach reden werden, bey gemeinen Leuthen die Obsignation und Inventirung der Güther Gerichtlich geschieht, scheint, daß dem geschribnen, oder ab intestato kommenden Erben dißfalls kein Præjudiz zu wachsen könne, weil die gantze Verordnung wegen Anfang- Fortsetz- und Endigung des Inventarii von des Richters Willkhur abhanget. Ist also nach unsern Land-Recht diser Termin nicht legal, sonder, wie uns vorkommt, mehrers Gerichtlich, dann vom Tag der Obsignation thut der Richter Krafft der klaren Wort des Art. einen Tag ansetzen um das Inventarium anzufangen (wann die im Testament geschribne oder ab intestato kommende Erben die Verfassung eines Inventarii begehrt haben) und von solchen angesetzten Tag an muß das Inventarium im Land inner 30. Täg, oder ausser Land inner

inner 2. Monath oder anderen 60. Tägen angefangen und geendet werden, wo unter dessen doch dem Richter die Freyheit verbleibt, daß er den Termin, wanns nöthig ist, weiters der Nothdurfft nach verlängeren kan. Welche ja handgreiffliche Zeichen seynd, daß dise Termin das Inventarium anzufangen, fortzusetzen, und zu vollenden mehrers Menschliche, also vom Gesatz gegebne Termin seyen, anderst als dem gemeinen Recht nach, wo Krafft des L. scimus 22. §. & hæc quidem Cod. de jure delib. der Kayser selbst das Recht zu deliberirn weiter zu verlängeren nicht Macht gehabt, als auf ein Jahr, und andere Richter nur auf 9. Monath.

4. In wem aber die Form des Inventarii bestehe? Thut weder unser Art. noch der Text in L. scimus. vorschreiben, sonder es wird in unsern Art. allein gesagt, daß das Inventarium in ein rechmäßige Form, welcher einen offentlichen Glauben macht, müsse hergestellt werden: Soll in ein glaubwürdig Form gebracht werden. Welcher denen Richtern und Obrigkeiten bestens bekannt ist. Es geziehmt sich aber, daß die gantze Erbschafft in liegent und fahrenden, Rechten, Gerechtigkeiten, Forderungen activè und pasivè beschriben werde, damit das Inventarium ohne Mangel, sonder gantz und perfect seye. Uber dise Form hat nach Zeugnuß Perezii ad tit. Cod. de jure delib. n. 4. Carolus V. Anno 1611. ein Edict in Niederlanden ausgehen lassen, weil davon in den Reichs Abschiden davon nichts zu finden, Krafft dessen, wann die Errichtung eines Inventarii vom Erben nicht accurrat beobachtet wird, er das Beneficium des Inventarii verliehrt, und glathin für einen Erben gehalten wird. Wir haben gesagt, daß alles, was man in der Erbschafft findet, sowohl beweglich als unbeweglich beschrieben werden müsse, welches nicht allein zu verstehen ist, von des Erb-Lassers eigenthumliche Sachen, sonder auch von Fremden, wann sie nur unter der Erbschafft gefunden worden, wie da seynd die depositirte geliehne, verpfändte und dergleichen Sachen. Monticucul. tract. de Invent. cap. 8. n. 52.

5. Unsere Notarii und Obrigkeiten auf dem Land thuen dises genau beobachten, und alles, was sie in der Erbschafft verhanden zu seyn finden, fleißigst beschreiben, und endlich setzen sie ein weitläuffige Protestation bey, daß sie doch weder denen Erben, noch denen Glaubigern, noch anderen Prætendenten durch ihre Beschreibung etwas benommen haben wollen, welche cautel Perez. in Cod. de jure deliberandi n. 4. lobt, und approbirt, wo er auch aus der Constitution des Caroli V. dises beysetzt, daß in dem Fall, wo der weitschichtigere Freund die Solennitäten des Inventarii, welche der nähere Freund unterlassen hat, genau erfüllet, er von der Erbschafft ausgeschlossen werde, wir erachten, daß diß unsern Statuten wenigst, was die Erbschafften der gemeinen Burgers und Bauers-Leuthen betrifft, nicht conform seye, weilen, wie wir gesagt haben, das Act des Inventirns Gerichtlich ist, und also der Parthey nicht schädlich seyn kan, wann solcher vom Gericht nicht rechtmäßig vollbracht worden. Ja ein dergleichen Statutum oder Edict kommt uns mit Cassaneo ad consult. Burgund. de success. Rubric. 7. §. 13. n. 9. auch was die Adeliche belangt für gar zu hart und fremd vor, also das darauf kein Acht zu halten ist.

Alles, was wir bißhero von dem von denen Erben zu machen stehenden Inventario gesagt haben, ist auch auf die Vormunder und Gehrhaben zu erstrecken, wegen jener Regul, welche wir oben angeführt haben, daß ein jedwederer, der Rechnungen geben muß, gehalten seye, eine Inventur zu machen, dahero, wann denen Pupillen oder Minderjährigen nach der Hand eine Erbschafft zu fallet, so müssen die Vormunder und Gerhaben eine neue Beschreibung der erbschafftlichen Sachen machen, und das zur Zeit der angetrettnen Vormundschafft zuvor gemachte Inventarium ergäntzen. Und was hier von denen Vormunderen und Gerhaben der Pupillen und Minderjährigen gesagt wird, das hat auch Platz bey denen Gerhaben der Unsinnigen, der Verschlemder, und anderer dergleichen Persohnen, welche ihren Sachen nicht vorstehen können, weil ihre Gerhaben verbunden seynd, wann ihnen die Erbschafft entweders Krafft eines Testaments oder ab intestato zu fallt, daß sie Krafft unsers Tituls ein Inventarium machen müssen, wann sie nicht um allen Schaden gehalten seyn wollen. 6.

Unter dem von denen Vormunderen und Gerhaben, und unter dem von denen Erben errichteten Inventario ist allein diser Unterschied, daß die Vormunder und Gerhaben das Original-Inventarium bey Handen haben müssen, deren Grundstein das Inventarium ist, und weilen zu jetziger Zeit all Jährlich die Rechnungen abgelegt werden müssen, so ist an sich selbsten klar, daß sie das Inventarium nicht entrathen können. Die Erben aber, nachdeme sie cum beneficio legis & Inventarii die Erbschafft angetretten haben, seynd nicht verbunden eine Rechnung abzulegen. Ist ihnen also genug, wann das Inventarium in dem Obrigkeitlichen Archiv verbleibt, obwohlen, wann sie wollen, beglaubte Abschrifften davon be- 7.

gehen können, wo entzwischen das Original in Obrigkeitlichen Handen verbleibt. Der mehrers von der Zierlichkeit und Form eines Inventarii zu sehen verlangt, der lese den Schneidew. in §. extraneis n. 12. Inst. de hæred. qualit. ex differ. Phanuc. de Invent. hæred. part. 3. per tot. Nicol. Everhard. vol. 2. conf. 24. n. 44. dilect. Durand. de arte testand. tit. 11. cent. 8. per tot. Sichard. & Jason ad tit. Cod. de jure delib. Wo sie 10. erzehlen, in disem aber einhellig über eins kommen, daß die Inventarien nach jedwederen Orths Gewohnheit eingericht werden müssen, und dahero haben wir bißhero in zweyen Art. gesagt, was in unsern Vatter-Land bey denen Obsignation und Inventur nöthig ist, es werden doch einige Sachen in nachfolgenden Fragen sich ergeben, welche besonders zu untersuchen seynd, jetzt schreitten wir zum 3. Art.

Der dritte Articul.

Was im nächst vorgehenden Articul von der Inventur geordnet das ist von dem gemeinen Mann zu verstehen; Da aber Adels Persohnen verstorben, und die Freundschafft von Vätter und Mütterlicher Lini als balden bey der Stell seyn, sollen die selbe erstlich die Verpettschierung, und Spörr, und folgends zu gebührender Zeit die Inventur fürnehmen, und alle Verlassenschafft in Beyseyn ehrbarer Leuth fleißig beschreiben. Wären aber die Freund zu weit entsessen, daß sie so bald die Verpettschierung und Verwahrung nicht thun möchten, so soll von der Regierung aus, darumen der Verstorbene sein häußliche Wohnung gehabt, als balden, damit von Fremden Persohnen nichts entzogen werde, ein Secretari verordnet werden, welcher die Verpettschirung und Verwahrung thun soll, mit dem Fürstlichen hierzu sonderbaren gemachten kleinen Secret, so bald aber die Freundschafft ankommt, soll der Secretari die Spörr wieder eröffnen, und einigens Inventirens sich nicht unterstehen, oder nicht der Sachen sich weiter beladen, sonder die Inventur durch die Adeliche Freundschafft, wie vermeldet, fürnehmen lassen. Da auch gedachter Secretari, welcher zu gedachter Verpettschierung und Verwahrung abgeordnet ist, befunde, das allbereit durch die Adeliche Freundschafft, von Vätter- und Mütterlicher Lini, welche selbs nicht Erben seyn, die Verpettschierung, aufs wenigist mit zweyen beschehen, soll er darüber nicht verpettschieren, sonder sich wieder zu Hauß begeben.

Summaria.

1. Ob in Bayern die Adeliche Befreundte selbst *obsignirn* und *inventirn* können?
2. Was ist aber Rechtens, wann die Befreundte weit entlegen, also daß die Spörr so gleich nicht geschehen kan, ob nicht solches die Regierung durch einen *secretari* ersetzen lassen könne?
3. Wann der Verstorbene einige Güther unter den Regierungen liegend hat, ob nicht aldort der Richter des Orths *obsignirn* könne?
4. Ob die nur auf einige Zeit beschehne Abänderung des *domicilii* die *jurisdiction* umkehre?
5. Wann die nächste Freund ankommen, ob der *secretari* das Fürstliche *secret* wiederum abnehmen müsse?
6. Was Rechtens, wann der abgeordnete *secretari* die von denen Befreundten gemachte Spörr findet, ob er von weiterer *obsignation* abstehen müsse?
7. Wann nur ein eintziger, und also zum *obsignirn* nicht genugsammer Befreundter da ist, ob er nicht sammt dem *secretari* *obsignirn* könne?

1. Unter denen Privilegien, welche in unsern Vatter-Land denen Adelichen Persohnen zu geeignet werden, ist jenes das mindiste nicht, daß, nachdeme einer aus denen Befreundten gestorben, sie berechtiget seyen, ohne Obrigkeitliche Authorität, dessen Güther zu obsignirn, und zu inventirn, und diß geschieht wegen Uberfluß des guten Glaubens, dißfalls macht unser Art. einen Unterschied, ob die Befreundte an dem Orth der gelegenen Erbschafft zugegen seyen, oder nicht? Seynd sie gegenwärtig, so liegt ihnen 1. ob, daß sie mit einander, sie mögen Vatter oder Mutter Seits

dem Verstorbnen befreundt seyn, obsignirn; Aus Ursach, weilen zu ietziger Zeit in Erb-Fällen kein Unterschied mehr ist unter denen Agnaten und Cognaten, oder unter denen Befreundten Vatter oder Mutter Seits, man muß also auf beyde Linien sehen, und wann es geschehen kan, in gleicher Anzahl; Ob aber 2. genug seyen, wann mehrere Befreundte nicht zu gegen seynd, daß einer allein, der zu gegen ist, biß auch die übrige kommen, obsignirt? Das kan von darum in Zweiffel gezogen werden, weil unser Art. von mehrern redet, weil aber in dem Casu, wo kein Befreundter zu gegen ist, allein der von dem Hoff-Rath oder einer Regierung abgeordnete Secretarius obsignirn kan, so haben wir keinen Anstand, daß nicht auch diß einem Adelichen in Würden stehenden Befreundten zugelassen werden könne. Obwohlen 3. sicherer ist, in solchen Fall die Obsignation zu lassen, als welcher Krafft dessen, was folgen wird, das Fürstliche Secret gebraucht, welches ja grössere Authorität hat, und also grössere Sicherheit macht, und aus dem End des Art. erhellet, daß um des Secretari Obsignation zu verhinderen wenigst zweyer Befreundten Obsignation nöthig. Wann aber 4. mehrere Befreundte verhanden seynd, aber nur aus einer entweders Vätterlich oder Mütterlichen Lini, so zweifflen wir gar nicht, daß ihre Obsignation erlaubt und giltig seye. Aus Ursach, weilen denen abwesenden Befreundten anderer Lini von darum kein Præjudiz zuwachset, weilen ihre Umgehung nicht geschieht, um sie auszuschliessen, sonder der gantzen Familie Vorsorg zu thun, wie wir uns auch erinneren, daß sich dergleichen Casus zu getragen habe, dann die Gegenwärtige, wann sie nur an der Zahl genug seynd, ersetzen die Stell der Abwesenden, und thun gleichsam ihre Sachwalter seyn. Wann nur 5. Zeugen darzu gebraucht werden, welche sehen und bezeugen können, daß alles getreulich hergegangen, Krafft der Wort: In Beysein ehrbarer Leuth. Und obwohlen dise Wort eigentlich von der Inventur zu verstehen seynd, so schliessen wir doch, daß deßwegen auch bey der Obsignation Zeugen nöthig seyen, weil bey der Obsignation ein gleiche, wo nicht grössere Gefahr ist, einige Sachen zu vertuschen, als bey der Inventur, absonderlich wann in des Verstorbnen Hauß eine Stiff-Mutter ist Krafft des Sprichworts.

Si tibi sit pellex, non est tibi tuta supellex.

Und 6. soll man sodann zum Inventirn schreitten, wie der Art. sagt zu gebührender Zeit, das ist, wie kurtz zuvor gesagt worden, zu Anfangung des Inventarii inner 30. Tägen, wann die Befreundte zu gegen seynd, welches nachgehends ohnunterbrochen fortzusetzen, und zu enden ist, oder wann sie abwesend seyn, muß es inner 2. Monath angefangen und geendet werden. Dann was von der Zeit, so vil die gemeine Leuth betrifft, in vorgehenden Art. verordnet worden, das muß erachtet werden, daß hier bey denen Adelichen wiederhollt worden seye, weil deßwegen wegen denen Adelichen nichts besonders verordnet wird. Eben diß 7. ist auch zu sagen von der Form und Zierlichkeit des Inventarii. Daß die Adeliche müssen eben jenes beobachten, was in vorgehenden denen Obrigkeiten vorgeschrieben ist. Aus Ursach, weillen der Adelichen instrumenta für offentliche gehalten werden. Was immer nun die Obrigkeiten beobachten müssen, das müssen auch die Adeliche genauist erfüllen, weil ihre Freyheit die Gerichtliche Form zu verfahren nicht überschreitten soll, dahero auch Gezeugen zu gezogen werden müssen. Gemeiniglich thun die Adeliche, die gantz sicher seyn wollen, auch einen Notarium brauchen, aber, gleichwie solcher bey Gerichtlichen Inventurn gemeiner Leuthen nicht nöthig ist, weil des Richters Gegenwart die Persohn des Notarii vertritt, also auch kan der Notarius unterlassen werden bey der Inventur der Adelichen, deren Unterschrifften, und Besiglung Gerichtliche Authorität ausmachen.

2. Wann aber die Befreundte beyder Linien weit entlegen, daß die Obsignation also gleich nicht geschehen kan, so befilcht unser Art. dem Hoff-Rath, oder der Regierung, unter dessen Bezirck der Erblasser gewohnt und gestorben, daß die Obsignation durch einen Secretari mit dem Fürstlichen Signet geschehen soll. Wo 1. zu mercken, daß die Obsignation dem Richter jenes Orths nicht zustehe, wo die Güther liegen, sonder Richter des Domicilii, welches offt geschehen kan, weil nichts neues ist, daß einer in mehrern Orthen Güther habe. Dessen ist die Ursach, weil die angefallne Erbschafft des verstorbnen Persohn repræsentirt. Gleichwie nun einer in Persöhnlichen Verhandlungen dem Richter des Domicilii unterworffen ist, also auch mit der Obsignation, weil dise mehr die Persohn als die Sachen belangt.

3. Unter dessen ist ein tägliches Exempel, daß, wann ein Adelicher der zu München in Hof-Diensten ist, seine Güther in Bezirchen der Regierung hat, ihme zwar zu München die Obsignation geschehe, die Obsignation aber der Güther, welche in Land-Güthern seynd, wird jedwederer Regierung überlassen, in dessen Jurisdiction die Güther liegen. Aus Ursach, weilen wider die Adeliche, welche Hof-Marchen besitzen, nicht allein in Actionibus realibus, sonder auch

in personalibus bey denen Regierungen verfahren wird, absondern wegen Contracten, welche von denen allda liegenden Güthern ihren Ursprung haben, warum also soll nicht auch auf gleiche Weiß die Obsignation geschehen können? Ja vilmehrers, damit nicht unter der Zeit, wegen weiter Entlegenheit von dem Orth des Domicilii, die Sachen in den Land-Güthern Schaden leiden dörfften. Es wir also darfür gehalten, daß jeder in seiner Hof-March, was die Sachen betrifft, die alda liegen, sein Domicilium habe, weil solcher Orth wahrhafft sein Hauß und Wohnung ist,
4. welche er durch die Fürstliche Dienst nicht beständig und auf ewig, sonder nur auf eine Zeit verlaßt. Zwey Exempel können wir anführen. Das erste ist ein Geistlicher, da ein Pfarrer des Domicilii, wo der Edel-Mann wegen seiner Dienst-Verrichtung wohnete, nicht zulassen wollen, daß seine Tochter der Hof-Marchs-Pfarrer copuliren könne, also wann die durch vile Jahr fortgesetzte Dienst in seiner Pfarr einen beständigen Sitz gemacht hätten, er hat aber nichts gewunnen. Das andere Exempel ist in einem größten Hof-Minister, welcher zu München wegen denen in seiner Graffschafft ausser Land gemachten Schulden beklagt wird, es ist aber der Kläger an das Orth des Domicilii verwiesen worden, daß folglich die nur auf eine Zeit beschehne Veränderung des Domicilii die Jurisdiction des beständigen Domicilii nicht ändert, weil solche Possession allzeit civiliter beybehalten wird.

5. Es dauret aber des Secretarii mit dem Fürstlichen Sigel gemachte Obsignation länger nicht, als biß die nächste Befreundte ankommen, dann alsdann muß der Secretarius das Fürstliche Siegel wider abnehmen, und die Inventur denen nächsten Befreundten überlassen. Wir erinneren uns, daß einstens in Zweiffel gezogen worden, ob nicht die ankommende nächste Freund die Obsignation mit aller Ehrnbiettigkeit selbsten abnehmen können, wir aber haben es auf alle Weiß mißrathen, weil das Fürstliche Sigel ein heilige Sach ist, welches von niemand als von jenem abgenommen werden kan, welcher es angehenckt hat, welches diser Art. approbirt, welcher ausdrucklich sagt, daß die Obsignation von eben jenem Secretario abgenommen werden müsse, der die Obsignation aus Befelch der Regierung gethan hat, obwohlen auch einstens sich der Fall ergeben, daß das höchste Dicasterium einigen Adelichen die Obsignation benommen, aber weilen nachgehends das selbe deßwegen belangt worden, und den Handel verlohren, hat es, um dem Spott der aufgeladenen Obsignations-Abnehmung zu entgehen, die Befreundte schier zur Resolution gezwungen, daß sie die Obsignation abnehmeten, welchen wir doch auch diß mißrathen haben, mit dem beygesetzten Gutachten, daß sie vom Fürsten erbitten sollen, daß die beschloßne Reseration durch denn Cabinets-Secretari vollzogen werden möchte, welches ja das beste Mittel gewesen ist.

Was ist aber Rechtens, wann der 6.
vom Hof-Rath, oder Regierung zum obsignirn geschickte Secretari findet, daß von denen Befreundten die Obsignation schon geschehen seye? Und der Art. sagt, daß er von der weitern Obsignation abstehen müsse, aus Ursach, weilen die Obsignation der höchsten Regiruugen allein zur Vorsorg geschieht, wann also solche von denen Befreundten schon geschehen, so hat keine weitere Vorsorg Platz. Der Art. setzt bey, wenigst durch 2. Befreundte, woraus zum Gegenspiehl folget, daß, wann der Secretarius findet, daß die Obsignation nur von einem Befreundten geschehen seye, solche für nicht genugsam erkennt werde. Und deßwegen haben wir oben gesagt, sicherer zu seyn, daß, wann nur ein Befreundter verhanden ist, er des höhern Obsignation zulasse, weil solche zu grösserer Sicherheit dienet, obwohlen ich nicht zweiffle, daß jener gantz recht thun wurde, der auch allein ohne Erwartung des Secretarii oder anderer Befreundten die Obsignation vornemmete.

Was ist aber zu sagen, wann der Se- 7.
cretari die von einem Befreundten schon geschehne Obsignation findet, muß wohl der Befreundte seine Obsignation abnehmen, oder auch den Secretari zum obsignirn zulassen? Und wir vermeynen, es könne beydes geschehen, dann das Fürstliche Sigel bringt allein ein vollständige Sicherheit mit sich, und benimmt demselben nichts, wann auch eines anderen Sigel mit angehenckt worden, wann diß nur in einem niederen Orth geschieht, weil dadurch des Fürsten Ehr und Reputation nicht benommen wird. Ja wir vermeynen in Conformität des vorgehenden, daß auf eines allein beschehne Obsignation die übrige nachkommende Befreundte zur Inventur schreitten können, das was ist? Wann die Erbschafft gar nicht obsignirt worden, nichts desto weniger doch kan das Inventari gemacht werden, weil die Obsignation von der Substanz des Inventari nicht ist, sonder nur ein vorläufiger Act, ohne welchen man doch wissen kan, was denen Erben von des Verstorbnen Erbschafft zu kommt, daß sie sich der Gutthaten des Inventarii bedienen können, wann nur die Befreundte selbsten an der vernachläßigten Obsignation keine Schuld tragen.

Der

Der vierte Articul.

Ob auch einiger Erb, oder desselben Vormunder, oder Gerhab obberührter Meynung das Inventari fürgenommen hätt, so soll er doch damit nicht verbunden, noch schuldig seyn, des Verstorbnen Erbschafft dardurch angenommen zu haben, sonder dannoch zu ihrem Willen stehen, sich derselben Erbschafft zu entschlagen, oder die anzunehmen.

Ob sich aber ausser obgeschriebner Ordnung, und ohn einig Inventari, sich jemand einer Erbschafft unterfienge, der soll für alle des abgegangenen Schuld und Handlung verhafft, und zu bezahlen schuldig seyn.

Wäre aber gleichwohl jemands bedacht, ein Inventari zu machen, wurde sich aber der fahrenden Güther unterfangen, oder Schulden einforderen, ehe und zu vor er die Inventur fürgenommen, und solche gantz oder zum theil in seine Händ und Gewalt bringen, soll er als dann für alle Schulden verbunden, und der Freyheit des Inventarii mit nichten fähig seyn. Doch wann die Erben, sonderlich die ohne das in des Erblassers Hauß und Unterhaltung gewesen, der tägliche Hauß-Fahrnuß zu ihrer Nothdurfft nicht künten empöhren, mögen sie solche entzwischen wohl gebrauchen, doch daß dieselb alsbald bey Verbesseruug der anderen Verlassenschafft, aufgeschrieben, und verzeichnet, und folgends ordentlich in das Inventarium gebracht werde. Wann auch ein Erb etwas wenigs, so nach Achtung der Erbschafft nicht nahmhafftig, zu sich genommen, und kein Vermuthung wär, er solches den Glaubigern zu Gefahr gethan, soll ihme hierdurch die Freyheit des Inventarii nicht benommen seyn, wann er solche Sachen nicht verhellet, sonder in dem Inventario auch beschreiben laßt, und anzeigt.

Summaria.

1. Ob durch Einführung der Freyheit des *Inventarii* dem Recht *deliberi*rn zu können etwas benommen werde?
2. Ob jener, welcher sich in die Erbschafft einmischt, doch also, daß ein *Inventari* gemacht wird, sich der Erbschafft nicht anderst entschitten könne, wie jener, der sich nicht eingemischt sonder ein *Inventari* gemacht hat?
3. und 5. Wann aber einer kein *Inventari* gemacht, und sich in die Erbschafft eingemischt, ob solcher nicht alle Schulden zahlen müsse?
4. Wer darfür gehalten werde, daß er sich mündlich nicht aber in der That eingemischt habe, und was für ein Unterschied seye, unter solch beyder Einmischung.

1. Wir haben oben gesagt bey dem 1. Art. daß die Freyhit des Inventarii nicht allein denen Erben zu stehe, die die sich erklärt haben, daß sie nicht anderes ausser mit vorbehaltner Freyheit des künfftigen Inventarii Erben seyn wollen, sonder auch, die sich in die Erbschafft vermischt haben, oder solche mit freyen Willen, doch mit Vorbehalt des Inventarii angenommen haben. Aus Ursach, weillen durch Einführung diser Freyheit der Kayser Justinianus dem alten Recht deliberirn zu können nichts hat benehmen wollen, wie die DD. gemeiniglich lehren ad. §. sed nostra. 6. Inst. de hæred. qualit. & differ. es kan also ein jeder, der vogtbar ist, sich in die Erbschafft einmischen, oder solche freywillig antretten, mit oder ohne Machung eines Inventarii, wann er die Erbschafft ohne Machung eines Inventarii antritt, so macht er sich eben darum denen Erbschafftlichen Glaubigern verbunden, und zwar um alles, auch in eignen Güthern, wann er aber die Erbschafft also antritt, daß er sich zwar für einen Erben erklärt, ausdrucklich aber sagt, daß diß nicht anderst

anderst geschehe, ausser mit Vorbehalt der Freyheit Legis und Inventarii, so wird er nicht anderst angesehen, als jener, der die Antrettung biß nach vollendten Inventari verschiebt.

2. Es wird aber 1. gefragt, wann sich einer in die Erbschafft vermischet, doch nicht anderst, als, daß ein Inventarium, in Conformität und nach Innhalt deren in vorigen Articuln enthaltnen Requisiten über die Erbschafft errichtet werde, ob dessen ohngeacht sich der Erbschafft wider entschitten könne, wie jener, der sich nicht eingemischt hat, sonder ein Inventari hat machen lassen, und sich dessen Freyheit hat vorbehalten? Und der Art. antwortet mit Ja, aus Ursach, weil ein solcher darfür gehalten wird, daß er sich nicht anderst, und auf keine andere Weiß eingemischt habe, als, daß das Inventari mit jenen Zierlichkeiten verfertigt werden soll, welche Krafft voriger Art. nöthig seynd, dann jener, welcher sich mit Vorbehalt der Freyheit des Inventari einmischt, hat solche Freyheit nicht anderst, als jener, der sich gar nicht einmischt, und seine Erklärung auffschiebt; Dann durch Machung des Inventarii verbindt sich keiner, daß er nicht nach Gefallen die Erbschafft verlassen, oder selbe, wann er solche schon hat, behalten, oder neuerlich antretten könne. Dann obwohlen, wie wir kurtz hernach hören werden, unter anderen des Inventarii Gutthaten die fürnehmste ist, daß der Erb über die Kräfften der Erbschafft denen Glaubigern nicht gehalten seye, so bringt doch das Inventarium die Schuldigkeit nicht mit sich, daß einer eben darum, weil er ein Inventari hat machen lassen, Erb seyn müsse, weil villeicht die Erbschafft mit solchen Beschwärden beladen seyn kan, daß einer lieber will, solche gantz anlassen, als sich darmit beladen, es kan also jeder Erb, der vermischt oder unvermischt ist, wie der 1. Art. redet, in Krafft der Freyheit des Inventarii sich durch Anlassung der Erbschafft von solchen Bürden entschitten. Was ist aber Rechtens

3. Wann 2. einer kein Inventari gemacht, und sich in die Erbschafft vermischt hat? Und unser Art. antwortet, daß er gehalten seye alle erbschafftliche Schulden auch mit seinen eignen Mittlen zu bezahlen; Aus Ursach, weilen durch die Erbschaffts-Antrettung die Güther vermischt, und alle Actiones activè und passivè confundirt werden, und deßwegen ist vor Altem das Recht inner Jahr zu deliberirn so wohl denen im Testament eingesetzten, als auch denen ab intestato kommenden Erben erlaubt gewesen, damit er bey sich und mit anderen überlegen könne, ob er die Erbschafft antretten, oder sich derselben entschlagen wolle, an statt diser Gutthat hat Justinianus in dict. L. fin. Cod. de jure delib. das Beneficium des Inventarii eingeführt. Wann nun einer keines aus beyden gebraucht (welches jedem frey stehet, weilen niemanden die Beneficia wider Willen aufgetragen werden) so muß er ihme selbsten beymessen, warum er sich so unbedachtsam und unfürsichtig in die Erbschafft vermischt, und eingelassen, so folglich sich allen Glaubigern verbunden gemacht hat, welches unser Art. in vers. wäre aber. in so weit ausdennet, daß jener, welcher sich in eines Erbschafft eingemischt hat, glathin gehalten seye, alle Schulden zu bezahlen, wann er schon bedacht gewesen, daß er ein Inventari machen wolle, weil der Willen nichts auswürckt, wann wider den Willen ein widriges ins Werck gesetzt wird.

Man wird entgegen setzen, wie dises mit dem vorgehenden über eins komme, absonderlich mit dem 1. Art. wo gesagt wird, daß der in die Erbschafft vermischt, und unvermischte der Gutthat des Inventarii fähig seyen? Und wir antworten, daß der erste Art. der obscur genug ist, also zuverstehen seye von jenem, der sich mit Worten erklärt hat, er wolle nehmlich die Erbschafft antretten, und anehmen, wan das Inventarium Recht-mäßig gemacht worden, dann ein solcher wird nur für einen mit Worten, und nicht in der That vermischten gehalten, weil wir præsupponirn, daß er sich auf des Inventarii Gutthat verlassen habe. dict. §. 6. Inst. de hæred. qual. & diff. Ein anderes ist, wann er sich ohne dergleichen Vorbehalt unterstanden hat, sich in die Administration der bewegliche Güther einzumischen, die Passiv-Schulden einzuforderen, oder die Freywillig angebottene anzunehmen, und dergleichen zu thun, was ihme sonsten als rechtmäßigen Erben zustehete, weil in solchem Fall ihm das Inventari nichts nutzet, wann er schon nachgehends das Inventari hat machen lassen. Welches der geneigte Leser um den 1. Art. zuverstehen, wohl beobachten muß, dann, weilen er aus den alten Bayrische Statuten heraus genommen worden, deßwegen ist er obscur, welches das Alterthum verursacht. Es ist also kein Unterschied unter jenem, der die ihm angefallene Erbschafft mit dem Beneficio des Inventarii würcklich annimmt, und unter jenem, welcher seine Erklärung biß zu Errichtung des Inventarii verschiebt; Wann nur jener, der mündlich die ihm angefallne Erbschafft auf sich nimmt, absthet von der werckthätigen Einmischung, und von Erbschaffts-Sachen nichts in seine Händ oder Gewalt nimmt, welches auch dem anderen obligt, welcher seine Erklärung 4.

rung mit Vorbehalt des Beneficii des Inventarii verschoben hat.

5. Doch macht unser Art. zwey Ausnahm, erstlich, daß, wann der Erb in dem Hauß des Verstorbnen ist, und die zum täglichen Brauch nöthige Mobilien nicht entbehren kan, solche gebraucht, biß das Inventari fertig ist, dann durch dises geschieht keine Vermischung, wodurch er um das Beneficium des Inventarii kommen solle, absonderlich, wann er besorgt hat, daß auch die zum täglichen Gebrauch nöthige Mobilien gethreylich beschriben und dem Inventari einverleibt worden, welches eine tägliche Sach ist, weil denen Haußgenossnen der Unterhalt nicht benommen werden kan, biß die Erbschafft eine Gewißheit hat. Andertens, wann der Erb nur etwas weniges aus der Erbschafft zu sich genommen, und kein Verdacht ist, daß er solches habe vertuschen, und der Erbschafft entziehen wollen, weil sich der Prætor um ein weniges nicht bekümmert, und gar zu hart wäre, daß einer wegen einer geringen Sach die gantze Erbschafft verliehrn soll, absonderlich wann solche Sach mit des Erben Willen dem Inventari einverleibt worden.

Der fünffte Articul.

Item so die Vormnnder und Gerhaben, solches Inventari und Beschreibung in vorgemelter Zeit nicht thäten, und darin läßig, oder gefährlich handleten, so soll als dann ihr jeder der Ungehorsam erschine, oder gefährlich darinn handlete, so sich das wissendlich erfündt, in des Richters-Straff, und wo sein Handlung so gefährlich wäre, auch in des Lands-Fürsten Ungnad und Straff gefallen seyn.

Summarium.

1. Ob die Vormunder, welche sich ohne Errichtung eines *inventarii* in Nahmen der *pupillen* in die Erbschafft vermischen, wegen ihrer Nachläßigkeit um Ersetzung alles Schadens belangt werden können?

1. Eben jenes, was bißhero von denen Erben wegen Aufrichtung des Inventarii wir gesagt haben, hat auch Platz bey denen Vormunderen, und Gerhaben der Pupillen und Minderjährigen, und zwar um so vil mehr, weil dem vogtbarn Erben freystehet, ein Inventari zumachen, oder zu unterlassen, wo aber der Erb ein Pupill oder Minderjähriger ist, so ligt Krafft des 1. Art. denen Vormunderen und Gerhaben Amts halber ob, daß sie ein Inventari machen, welches wann sie vernachläßigt, oder die Zeiten und vorgeschribne Zierlichkeiten nicht beobachtet, oder aus Betrug etwas gethan haben, so verfallen sie in die Willkur Richterlicher Straff, oder auch in die Ungnad des Fürsten selbsten und nach Beschaffenheit der Schuld oder Verbrechens in die Straff. Ob aber die Pupillen oder Minderjährige wider das vernachläßigte Inventarium in integrum restituirt werden, werden wir bey dem letzten Art. dises Titul sehen, unterdessen ist dises gewiß, daß die Vormunder oder Gerhaben, obschon villeicht die Restitutio in integrum nicht Platz hat, Actione tutelæ, vel curatelæ, directâ um Ersetzung alles wegen unterlassnen Inventari erfolgten Schadens belangt werden können.

Der sechste Articul.

Es hat auch kein Erblasser Macht, seinem Erben zu verbietten, die Inventur fürzunehmen, ihne dardurch der Freyheit derselben zu berauben, da er aber die Inventur dem Erben zum gutem wider die, denen Legata, Fidei-Commissa, oder anders im Testament verschafft, verbietten thäte, mag er solches wohl thun, wo keine unvogtbare Kinder, oder abwesende Erben seyn, und hat solch Verbott dise Würckung, wann gleich der Erb die Inventur unterliesse, er dannoch den Abzug der Falcidiæ, wie auch der Trebellianicæ nicht verliehren thät.

Summaria.

1. Ob der Erblasser zu *præjudiz* der Glaubiger die Errichtung des *inventarii* dem Erben nachlassen könne?
2. Ob das *inventarium* nachgelassen werden könne zu *præjudiz* deren, so *legaten* haben?
3. Ob vom Erblasser dem Vormunder seiner Söhnen die Machung eines *inventarii* nachgelassen werden könne?
4. Was Rechtens, wann der Erblasser verbotten ein *inventari* zu machen, ob nichts destoweniger eines gemacht werden müsse wegen Abzug der *falcidiae* und *trebellianicae*?

1. Ein eintzige Frag wird in disem Art. gestellt, und aufgelöst, ob nehmlich der Erblasser die Errichtung eines Inventarii dem Erben nachlassen könne, oder, wie der Art. redet, ob der Erblasser den Gewalt habe, dem Erben das Inventari zu machen zu verbietten? Bey denen Rechts-Gelehrten ist der gemeine Unterschied, daß nehmlich der Erblasser das Inventari Machen zu Præjudiz der Glaubiger nicht nachlassen könne, wohl aber zu Præjudiz deren, so ein Legat oder Fidei-Comiss haben. Was das erste betrifft, ist die Sach klar, weil der Testierer durch seine Verordnung den Handel der Glaubigern nicht verschlimmeren kan, wurde aber verschlimmeret, wann der Testierer nach seinem Gefallen das Inventari Machen nachlassen könnte, weil denen Erben die Thür eröffnet wurde, einige erbschafftliche Sachen zu vertuschen, wann sie wußten, daß sie durch sothane Nachlassung von den Straffen deren, so kein Inventari machen, befreyet wären, Perez ad tit. Cod. de jur. delib. n. 18. Fachinæus lib. 6. controv. Jur. cap. 25. Covarv. var. resolut. lib. 1. cap. 14. Oder wie Zoësius ad dict. tit. quæst. 10. redet, weilen durch des Testierers Verordnung ein Unrecht den jenigen zugefiegt wurde, welche wegen ihren Forderungen in des Testierers Güther ein Recht haben, welche Güther die Erben wegen des Testierers Erlaubnuß mißbrauchen könnten.

2. Was den anderen Puncten betrifft nehmlich die jenige, die Legata oder Fidei-Commissa haben, ist der Alten Meynung zweyfach gewesen, dann einige haben wollen, daß auch zu deren Præjudiz der Testierer das Inventari Machen nicht nachsehen könne. Aus Ursach, weilen, wie erst gesagt worden, anscheint, daß dise denen Erben vom Gesatz gegebne Gutthat jure publico eingeführt worden, damit Krafft der Novell. de hæred. & falcid. circa fin. die Lebende die Erbschafft bekommen, und die Krancke in Sicherheit absterben, welche Sicherheit denen Erben nicht begegnen kan, wann sie nicht ein rechtmäßiges Inventari machen, weil allzeit sich eine zuvor unbekannte Schuld hervor thun kan, wodurch der Erb um sein Eigenthum gebracht wurde. Andere hingegen haben darfür gehalten, daß, weilen der Testierer hat keine Legata oder Fidei-Commissa hinderlassen, ja die vermachte wider wegnehmen können, ihme um so mehr erlaubt seye, denen legatariis und Fidei-Commissariis, da er dem Erben die Errichtung des Inventarii nachsieht, ein Præjudiz zu zu fiegen, absonderlich, weilen dem Testierer daran gelegen seyn kan, damit nicht durch Machung des Inventari die Wenigkeit der Verlassenschafft einer Verachtung, oder derselben Hätte dem Neid ausgesetzt wurde, welches auch die Ursach ist, daß auch der Testierer dem Vormunder 3. seiner minderjährigen Söhnen das Inventari Machen nachlassen kan. L. ult. Cod. arbit. tutel. Fachinæus. loc. cit. cap. 25. & Zoësius dict. quæst. 10. Covar. ad cap. 1. n. 23. Clarus Testamentum quæst. 26. n. 2. Und dise letztere Meynung haben unsere Land-Recht angenommen, wo doch unser Art. einen zweyfachen Casum ausnimt 1. Wann nicht die Erben minderjährig seynd, und 2. wann sie nicht abwesend seynd. Was den 1. Casum betrifft, scheint, daß L. ult. Cod. arbit. tutel. durch den 1. und 6. Art. dises Tituls corrigirt worden, daß nehmlich der Testierer den Gewalt nicht habe, dem Vormunder oder Gerhaben das Inventari Machen nachzulassen, oder zu verbietten, weil der 1. Art. denen Obrigkeiten glathin auftragt, ein Inventari aufzurichten, so offt die Erben pupillen oder minderjährig seynd, und obwohlen diser Art. die Nachsicht, oder vilmehr Verbiettung des Inventarii zu Præjudiz der Legatarien und Fidei-Commissarien dem Erblasser zulaßt, so nimmt er doch die Pupillen und Minderjährige ausdrucklich aus, daß also unsers Erachtens hier ein mercklicher Unterschied unter unsern Land- und dem gemeinen Recht zu machen ist. Also auch thut der andere Casus, da die Erben abwesend seynd die Nothwendigkeit des Inventarii Krafft des 1. Art. nach sich ziehen. Dann obwohlen die abwesende Erben erachtet werden vogtbar zu seyn, daß ihnen die Machung des Inventarii vom Erblasser mit Recht hat verbotten, oder zu gelassen werden können, so ist doch die Abwesenheit an sich selbst ein genugsamme Ursach, daß, weilen sie ihnen selb-

selbsten nicht helffen können, die Obrigkeit solches thue, absonderlich, wann in solchem Fall die Nothwendigkeit des Inventarii mehrers zu allgemeiner Sicherheit nöthig ist, als wider die, so particular Legaten und Fidei-Commiss haben.

4. Was ist aber Rechtens, wann der Erblasser solches Verbott gemacht hat, und der Erb, sich auf solches verlassend, kein Inventari gemacht hat, verliehrt er wohl deßwegen den Abzug der Falcidiæ und Trebellianicæ? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen oben bey dem 38. Tit. 3. und 5. Art. wir gesagt haben, daß ein jeder Erb absonderlich ein Fremder (dann wir haben erwiesen, daß wegen denen Kinderen ersten Grads in dem 5. Art. ein anderes verordnet seye) den Abzug der Falcidiæ und Trebellianicæ verliehre, wann er kein Inventari gemacht hat, es scheint also, daß das Inventarium nichts destoweniger gemacht werden müsse, wann schon der Testierer solches zu machen verbotten hat, wenigist zu dem Ende, damit dem Erben, der villeicht mit einem Universal Fidei-Commiss, oder mit gar zu vilen Legaten und particular Fidei-Commissen beladen worden, der Abzug der Trebellianicæ und Falcidiæ verbleibe, unser Art. aber verordnet das Widerspiel, daß dises Verbotts-Würckung seye, daß, wann der eingesetzte Erb durch des Erblassers Willen von Errichtung eines Inventarii frey gesprochen worden, durch Unterlassung des Inventarii, die Trebellianicam und Falcidiam auf keine Weiß verliehre. Die Ursach bleibt allzeit gleich, welche wir oben angeführt haben, dann es hätte der Testierer die universal und particular Fidei-Commiss nach vilmehr auch die Legata völlig unterlassen können, hat also auch die Legatorios und Fidei-Commissarios beladen können, daß sie den Abzug der Trebellianicæ und Falcidiæ leiden müssen, wann schon kein Inventari errichtet worden.

Man wird sagen, daß wegen des Gewalts des Testierers kein Zweiffel seye, sonder wegen desen Willen die Frag seye, ob Erben darum, da er das Inventari Machen verbotten, oder nachgelassen hat, Gewalt habe, dem Erben der Abzug der Falcidiæ und Trebelianicæ unbekränckt bleiben solle? Und wir antworten, wann der Testierer das Inventari Machen verbiettet, so scheint, daß er den Erben mehr liebe, als die Fidei-Comissarios und Legatarios, und auf dessen Aufrichtigkeit mehr vertraue, als der Legatariorum und Fidei-Commissariorum, daß nehmlich er seinen letzten Willen getreulich vollziehen werde, und deßwegen, weilen er wegen solcher Treu und Aufrichtigkeit den Erben von Errichtung des Inventarii enthoben hat, seynd die Legatarii und Fidei-Commissarii den Willen des Testierers genehm zu halten, und zu erfüllen verbunden, können auch mit Recht nichts darwider einwenden, wann der Erb dem Willen des Testierers gehorsamt, und das Inventarium unterlassen hat, weil ihm daran gelegen seyn kan, wie wir kurtz zuvor erinnert haben, daß seine Güther nicht beschriben werden sollen.

Der siebende Articul.

Die Inventur hat etliche sondere Freyheiten. Erstlich, wann in der Erbschafft so vil nicht gefunden wurde, daß man die Schulden bezahlen kunte, daß der Erb von dem Seinen etwas zu erstatten nicht schuldig, doch, wofern die Glaubiger vermeynten, es wäre in der Inventur etwas ausgelassen worden, mögen sie solches beweisen, wie recht ist, da sie aber solches nicht kunten ausführen, und doch etliche Anzeigungen, daß man etwas verhalten, verhanden wären, mögen die Glaubiger den Erben den Eyd darbietten, zu schwöhren, daß sie nichts verhalten, sonder alles beschriben, und in das Inventarium gebracht haben. Damit aber die Glaubiger dem Erben solchen Eyd nicht etwann allein zu unnöthiger Vexation, ohne Nothdurfft aufzutragen begehren, sollen sie zuvor den Eyd für Boßheit zu schwöhren schuldig seyn.

Zum anderen, mag gleichwohl ein Erb, einen jeden Glaubiger, der sein richtige Schuld einfordert, bezahlen, und ist nicht schuldig Acht zu geben, welcher Glaubiger vor dem anderen bessere Freyheit hab. Doch und damit andere Glaubiger durch Hinterlist deren, welche am erst die

Bezahlung bekommen, nicht vervortheilt worden, soll der Erb von ihnen Caution und Sicherheit begehren, auch solche die Glaubiger zu leisten schuldig seyn.

Drittens, mag der Erb, da man Geld, oder gewissen Werth schuldig ist, mit anderem Werth zahlen, und ist nicht schuldig, selbs die Haab, so in der Erbschafft gefunden, zu verkauffen, und zu versilberen.

Viertens mag niemand den Erben, um des Erblassers Schulden beklagen, ehe und zuvor das Inventarium gantz und gar fertig, und aufgericht ist.

Fünfftens, würdet durch das Inventarium der Abzug Falcidiæ und Trebellianicæ erhalten.

Summaria.

1. Ob der Erb, der ein *inventari* macht, über die erbschafftliche Kräfften denen Glaubigern gehalten seye?
2. und 4. Was Rechtens, wann die Erbschaffts Glaubiger, oder die *legatarii* vermeynen, daß einige Sachen im *inventari* ausgelassen worden, was für eine Prob nöthig seye?
3. Ob der Erb sich mit einen Eyd reinigen müsse, daß neben dem, was das *inventari* mit sich bringt, in der Erbschafft nichts gewesen seye?
5. Ob der Erb dem geringern *privilegirten* Glaubiger vor dem anderen, der ein besfers Recht hat, sein Schuld bezahlen könne, wann selbe *liquid* ist?
6. Ob der Erb von dem geringern *privilegirten* Glaubiger eine *caution* begehrn müsse, um das Bezahlte zuruck zu geben, wann sich ergeben hat, daß ein anderer besfers Recht habe?
7. Was Rechtens, wann der Erb die *caution* nicht begehrt hat, ob die mehrers *privilegirte* Glaubiger zuvor den geringern *privilegirten* belangen, oder also gleich den Erben klagen können?
8. Was für eine *caution* muß der Erb begehrn?
9. Ob der Erb für die Sach, welche man schuldig ist, Geld, oder für das schuldige Geld eine Sach an der Bezahlung geben könne, und diß in Krafft des *legis* und *inventarii*?
10. Welcher gestalten die an Bezahlungs statt gegebne Sach zu schätzen seye?
11. Ob der Erb von denen Glaubigern unter der Zeit, wo das *inventari* gemacht wird, beklagt werden könne?
12. Was ist zu thun, wann der Erb kein *inventari* gemacht hat, ob er den Abzug der *falcidiæ* verliehre?
13. Ob er auch den Abzug der *trebellianicæ* verliehre?
14. Wann der Erb wider den Verstorbnen eine *obligation*, oder *action* gehabt hat, ob solche *confundirt* werden, oder ob sie in Krafft des *inventarii in salvo* erhalten werden?
15. Wann eine Sach ohne Verschulden des Erben zu Grund gehet, ob die *legatarii* und nicht der Erb den Schaden tragen müssen, welcher Krafft des *inventarii* sicher ist?
16. Ob der Erb die zu Machung des *inventarii*, oder des *testaments insinuation* gemachte Kösten, und andere nothwendige Auslagen abziehen könne?

Dise Gutthat hat mehrere stattliche Freyheiten, welche Gutthat der Kayser Justinianus das Inventarium und Beschreibung der Güther genennt hat, welche Freyheiten in disem Art. enthalten seynd.

1. Die erste ist, daß der Erb denen erbschafftlichen Glaubigern über die erbschafftliche Kräfften nicht gehalten seye, oder, wie der Art. sagt, wann in der Erbschafft so vil nicht gefunden wird, daß des verstorbne Testierers Schulden völlig können bezalt werden, der Erb nicht verbunden, von dem Seinigen etwas zu bezahlen. Dann dem alten Recht nach wurde der Erb durch Antrettung der Erbschafft verbunden, die erbschafftliche Glaubiger von dem Seinigen zu bezahlen, wann die Erbschafft nicht erklöckete. Und dahero wurde denen Erben eine Zeit die Sach zu überlegen gestattet, daß einer den Standt und Beschaffenheit der Erbschafft recht untersuchen und erkennen kan, ob ihm nicht nutzlicher seye, sich der Erbschafft zu entschlagen, als durch die Antrett- und Einmischung sich denen Glaubigern zur Zahlung unterwerffen, diser Gutthat, die Sach überlegen zu können, hat Justianus das weit bessere Beneficium des Inventarii beygelegt, dessen die erste Würckung ist, daß der Erb, welcher mit einem rechtmäßig aufgerichten Inventario bedeckt ist, von seinem Eigenthum denen erbschafftlichen Glaubigern nichts bezahlen darff. DD. unanimiter ad §. sed nostra. 6. Inst. de hæred. qualit. & ad L. sancimus. fin. §. 4. & seq. Cod. de jur. delib. noch weniger also denen Legatariis oder Fidei-Commissariis.

Doch

2. Doch wird gefragt, wann die erbschafftliche Glaubiger vermeynen, daß in dem Inventario einige Sachen ausgelassen worden, was für eine Prob nöthig seye? Und unser Art. antwortet, daß denen Glaubigern, welche sagen, daß etwas in dem Inventario ausgelassen worden, die Prob oblige, wie Rechtens ist, als sagte er gleichsam, daß ein rechtmäßige Prob nöthig seye, dann es ist ein allgemeine Regul, daß dem Kläger die Prob zu machen oblige, welche wann er nicht gemacht hat, muß der Beklagte ledig gesprochen werden. cap. fin. X. de jurejur. L. qui accusare. Cod. de edend. Wir haben doch von diser Regul bey diser Materi von der Inventur, einen Ausnahm in cit. L. fin. §. licentia danda Cod. de jure delib. wo gesagt wird, denen Glaubigern, oder Legatariis oder Fidei-Commissariis ist die Erlaubnuß geben, wann sie vermeynt haben, daß des Verstorbnen Erbschafft grösser seye, als der Erb solche im Inventatio beschriben hat, auf all rechtmäßige Weiß, wie sie wollen, daß, was ausgelassen worden, zu erweisen, entweders durch Folterung der erbschafftlichen Knechten, oder durch Eyd des Erbens, wann andere Proben gebrechen, damit durch all mögliche Erforschung der Wahrheit der Erb weder Gewinn nach Verlurst aus der gleichen Erbschafft erlange. Aus welchen Worten anscheinet, daß in der Glaubigern und Legatariorum Willkur und Wahl seye, ob sie ein ordentliche Prob machen, oder dem Erben den Eyd anwerffen wollen, weil aber der Text in dict. §. licentia danda Cod. de jure delib. ausdrucklich sagt, daß als dann erst man zum Eyd schreitten könne, wann andere Proben gebrechen, so ist wahrhaffter, daß die Glaubiger und Legatarii zuvor den ordinari Weeg der Prob entweders durch Zeugen, oder durch Documenten zu ergreiffen angewisen werden müssen, und der Eyd als dann erst zu zulassen seye, wann die Wahrheit durch Zeugen, oder Documenta nicht zu erhalten ist.

3. Eine andere Frag ist, wann das Inventari ohne Mangl vorgelegt wird, und nicht erhellet, daß etwas boßhafftig in selbem ausgelassen worden, ob nichts destominder der Erb sich eydlich purgirn müsse, daß neben deme, was in dem Inventario geschriben stehet, nichts in der Erbschafft verhanden gewesen? Und es scheint, daß diß die Intention des Justiniani in dict. §. licentia danda seye. Weil ohne Unterschied er denen Glaubigern und Legatariis zulaßt, auch, wann ein Inventari Rechtmäßig gemacht worden, wann andere Gebrechen, den Erben zum Eyd treiben. Aber unser Art. laßt dises glatthin nicht zu, sonder allein in dem Fall, wann einige Anzeigungen verhanden seyn, daß etwas betrügliches vom Erben bey Verfassung des Inventarii begangen worden, Krafft der Wort: Und doch etliche Anzeigungen verhanden, daß man etwas verhalten. Vid Daniel Maller. in semest. suis. lib. 2. cap. 14. wo er mehr andere citirt. Diser Eyd aber ist eigentlich kein Juramentum litis decisorium, sonder purgatorium, muß also vom Erben abgelegt werden, weilen er allein jenes wissen kan, was in seinem Gewissen verborgen ist, und nicht der Kläger, und deßwegen kan die Regul des Juramenti litis decisorii, wo einer entweders schwöhren, oder den Eyd zuruck schieben muß, nicht Platz finden. Idem Moller loc. cit. ad fin. cap. Wo er doch gantz recht sagt, daß zuvor die Glaubiger und die Legatarii den Eyd der Boßheit zu dem End, wie unser Art. ersetzt, ablegen müssen, damit nicht anscheine, daß sie den Eyd etwann allein zu unnöthiger Vexation ohne Nothdurfft aufzutragen begehrn.

Man wird fragen, warum wir allzeit von denen Glaubigern und denen Legatariis geredt haben, wodoch unser Art. allein von denen Glaubigern Meldung thut? Und wir antworten, daß in dict. §. licentia danda. wie die oben angeführte Wort mit sich bringen, so wohl von den Glaubigern, als Legatariis und Fidei-Commissariis ausdrucklich geredt werde. Wann nun schon der Glaubiger ihr Sach favorabler ist, weilen sie um den Schaden zu wenden streitten, als der Legatariorum und Fidei-Commissariorum, welche allein um den Gewinn zu erhaschen streitten, nichts desto minder doch, weilen auch denen Legatariis und Fidei-Commissariis darann gelegen ist, zu wissen, in wem die Erbschafft bestehet, und daß im Inventario nichts ausgelassen werde, welches ihnen zum Abbruch ihrer Legaten, oder Fidei-Commissen gereichen könnte, so haben wir sie gantz recht mit denen Glaubigern vergsellschafftet, obwohlen in dem Fall, da der Testierer das Inventari zu machen verbotten hat, sie nicht wie die Glaubiger berechtiget seynd, den Erben zu Errichtung des Inventarii nichts destoweniger anzuhalten. 4.

Die andere Freyheit ist, daß ein solcher Erb einem jedwederen Glaubiger liquide Schuld auf Begehrn bezahlen könne, und nicht verbunden ist, zu untersuchen, wer aus denen Glaubigern den Vorrang vor anderen hat, das ist, daß der Erb nicht gehalten sey, sich viles um die Ordnung der Glaubiger und der Legatariorum zu bekräncken, sonder er kan jedem, 5.

der

der zu erst kommt, zahlen, verstehe, wann seine Schuld liquid und ohne Zweiffel ist. Aus Ursach, weilen die Forderung, welche nicht liquid ist, den Nahmen einer Schuld nicht verdient, und also, wann der Erb solche vor der liquidation bezahlt hat, solches auf seine Gefahr thut, dann deßwegen hülfft ihme das Inventari nichts, wann er eine nicht schuldige Schuld zu Præjudiz anderer Glaubiger bezahlt hat. dict. L. fin. §. fin. verò creditores Cod. de jure delib. & ibi DD. Mynsing. ad §. sed nostra 6. inst. de hæred. qual. & differ. Lit. Q. vers. quarta.

6. Es erfordert doch unser Art. daß der Erb neben dem Beneficio des Inventarii, da er den geringeren privilegirten Glaubiger bezahlt, von ihme eine Caution nemmen soll, und das Bezahlte zuruck zu stellen, wann sich zu getragen hat, daß ein anderer kommt, der ein älteres und kräfftigeres Recht und Freyheit gehabt hat. Aus Ursach, damit nicht der besser Privilegirte durch Arglist des minder Privilegirten beschädigt werde. Und dise Caution muß Krafft unsers Art. vom Erben nothwendig begehrt, und vom Glaubiger præstirt werden. Welches in so weit wahr zu seyn wir vermeynen, daß, wann der Erb ohne Caution die Bezahlung gethan, ihm das Inventari nichts helffen thut, wann geschieht, daß ein anderer mehr Privilegirter aus solch seiner Fahrläßigkeit einen Schaden erlitten hat, dann unser Art. allein die Wort, welche eine Nothwendigkeit, nach sich ziehen, soll der Erb Caution und Sicherheit begehrn, welcher Schuldigkeit, wann er kein Genügen gethan, so scheint es, er habe sich des Beneficii des Inventarii begeben, und sich freywillig der Gefahr ausgesetzt, den mehrers Privilegirten Satisfaction zu geben. Ob aber diß auch dem gemeinen Recht nach Platz habe? Ist sehr zweiffelhafftig, weil der Text in dict. L. fin. in §. fin verò creditores. wiederholter massen sagt, daß der Erb, welcher einem minder privilegirten Glaubiger die Bezahlung giebt, nicht könnte beunruhiget werden, sonder denen mehrers privilegirten Glaubigern allein die Actiones übrig bleiben, wider jenen, der vor anderen das Seinige bekommen hat, wo auch die Actiones genennt werden, nehmlich die Actio hypothecaria, condictio ex lege, vel condictio indebiti, nach Beschaffenheit der Fällen, worüber die DD. gelesen werden können. Von der Caution aber, welche unser Art. erfordert, verordnet diser Text nichts, Mynſ. loc. cit. macht einen Unterschied, ob der Erb, der einen minder privilegirten Glaubiger bezahlt, gewußt hab, daß andere mehrers privilegirte Glaubigere verhanden seyen, oder nicht. Im ersten Fall vermeynt er, es liege dem Erben ob, daß er wegen der den minder privilegirten Glaubiger wissentlich beschehnen Bezahlung eine Caution nehmen müsse. In dem anderen Fall aber, könne die Bezahlung nicht bestritten werden, weil glathin verordnet ist, daß der Erb den erst Kommenden bezahlen könne. D. Mynſ. citirt zwey Text als in L. 15. cui 31. & L. 41. ff. ad L. falcid. welche doch weder von denen Glaubigern, noch vom Erben, der das Beneficium Inventarii hat, reden, sonder allein von einem solchen Erben, der unordentlich die Legata in zerschiedenen Fällen, welche aldort von denen DD. weitschichtig ausgelegt worden, ohne Caution bezahlt hat, wo er doch hat vorsehen können, daß er wegen solch übereilter und unbesohnener Bezahlung in Gefahr stehe, welches, daß auch Mynſ. erkenne, anscheint, weil er ausdrucklich sagt, daß die Glaubiger auch ohne Begehrung einer Caution können bezahlt werden, nicht aber die Legatarii, unser Art. aber scheint klar genug zu seyn, daß auch der Erb mit dem Beneficio des Inventarii sicher nicht sey, er mag die Glaubiger, die Legatarios oder Fidei-Commissarios entweders wissendlich oder unwissendlich bezahlt haben, weil er glathin, und ohne allen Unterschied dem Erben zwar, daß er die Glaubiger nach seinem Gefallen bezahlen könne, zulaßt, doch allzeit und ohne Unterschied die Cautions-Begehrung erfordert, es mag hernach der Erb wissen oder nicht, was für Glaubiger verhanden seynd (welches er doch leicht wissen kan, weilen alle Schulden activè und passivè in dem Inventario beschrieben zu werden pflegen) und welche aus den Glaubigern vorgehen, besser und mehrers oder geringer privilegirt seynd, der Erb ist allzeit gehalten sich durch die Caution sicher zu stellen, und Schad-loß zu halten. Aus Ursach, weilen dise Caution nicht zu des Erben Nutzen, sonder zum Nutzen der übrigen Interessenten verordnet wird, damit nicht einer den andern übervortle, und seine Sach mit der anderen Schaden besorge, in welchem ja unter unsern Land- und dem gemeinen Recht ein mercklicher Unterschied ist, weil das gemeine Recht von aller Caution abstrahirt, unser Art. aber ohne Unterschied insgemein solche erfordert. diff.

Ein andere Frag ist, wann der mit dem Beneficio des Inventarii bedeckte Erb ohneracht der so sorgfältigen Verordnung dises Art. die Caution und Sicherheit vernachläßigt, und den geringer privilegirten Glaubiger vor anderen besser privilegirten bezahlt hat, ob dise zu vor dem minder privildgirten Glaubiger, oder also gleich den Erben selbsten beklagen können? Gewiß dise 7.

Frag

Frag ist nicht ohne Beschwerde, weil viles hin und wider kan beygebracht werden, wir sagen kürtzlich, daß glaubwürdig defendirt werden kan, daß, damit man nicht zu weit von dem Beneficio legis & Inventarii abweiche, die besser privilegirte Glaubiger zu vor dem minder befreindten Glaubiger beklagen müssen, welcher die Bezahlung bekommen hat, welche gleichsam ordinari Actiones seynd, welche denen übrigen Glaubigern Krafft des L. fin. Cod. de jur. delib. zu stehen, welche unser Art. nicht aufhebt; Jene Action aber, welche unsers Erachtens wegen vernachläßigter Caution wider den Erben zu gelassen wird, ist nur subsidiarisch, wann nehmlich die mehr Privilegirte wegen vernachläßigter Caution das Ihrige entweders völlig, oder zum theil nicht erlangen können, diß aber kan man nicht wissen, wann sie nicht zu vor die Bezahlung zu ruck zu forderen, welche der geringer Privilegitte zu voreilig bekommen hat. Dann daß der Erb, welcher ohne Cautions-Begehrung bezahlt hat, das gantze Beneficium des Inventarii verliehre, daß sagt für wahr unser Art. nicht, und deßwegen thun wir diß anderst nicht verstehen, ausser, daß alsdann der Erb denen mehrers privilegirten Glaubigern verbunden seye, wann sie durch die ordinari Actiones sich nicht mehr Schad-loß halten können.

8. Wann man fragt, was für eine Caution der Erb begehrn müsse? So antworten wir, daß eine taugliche erfordert werde, wo aber eine taugliche Caution nöthig ist, da wird die Caution durch Bürgen oder Pfand erfordert, zu disem bewegt mich das Wort unsers Art. Caution und Sicherheit. Dann bey einer mündlichen oder eydlichen Caution ist Regul-mäßig keine Sicherheit.

9. Die dritte Freyheit ist, daß obwohlen sonsten eine Regul ist, daß ein anderes für das andere wider Willen des Glaubigers nicht bezahlt werden könne. L. 2. §. mutui datio ff. si certum petat. Diß doch nicht Platz habe bey dem Erben, daß mit dem Inventari bedeckt ist, dann es stehet in seinem Gewalt, denen Glaubigern die Sach, oder dessen Werth zu bezahlen. dict. L. fin. Cod. de jure delib. §. sin verò hæredes. Wo gesagt wird, wann aber die Erben die Erbschafftliche Sachen denen Erbschafftlichen Glaubigern an statt der Schuld zur Bezahlung gegeben, oder mit Geld bezahlt haben, so ist denen anderen Glaubigern, welche ältere Hypothecen haben, erlaubt, wider jene zu klagen, und von denen nachgehenden Glaubigern in Krafft der Rechten solches abzuforderen entweders per hypothecariam actionem, oder per condictionem ex Lege, ausser sie wollen die Schuld bezahlen, wider den Erben selbsten doch, welcher die Schulden bezahlt hat, gebührt keine Action. Aus welchen Worten, weil sie disjunctivè gesetzt seyn, scheint, daß der Erb die Erlaubnuß habe, daß er für das Geld die Sach an Bezahlungs statt geben könne, und für die Sach, welche man schuldig ist, das Geld. Es ist doch unsers Erachtens diß allein also zu verstehen, wann das Geld oder die Sach in der Erbschafft nicht gefunden wird. Zum Exempel, wann der Verstorbne dem Titio 100. species Thaler geliehen, um solche wider in specie zuruck zu bezalen, dise aber werden nach dem Todt des Titii in der Erbschafft nicht gefunden, da kan der mit dem Beneficio Legis & Inventarii bedeckte Erb ein anderes gangbares Geld anbietten, oder andere erbschafftliche Sachen an Bezahlungs statt geben, welche der Titius nicht wiedersagen oder verwerffen kan. Ingleichem, wann der Testirer dem Titio ein gewisses benanntes und beschriebnes Pferd schuldig gewesen, welches vom Testirer villeicht schon längst verhandlet worden, da kan der mit dem Beneficio Legis & Inventarii bedeckte Erb dem Titio den Werth des Pferds ausbürden, es ist aber auf keine Weiß in dem Gewalt des Erbens, daß, wann man das pare Geld schuldig ist, er solches dem Glaubiger abschlagen könne, der die pare Bezahlung mit Recht absfordert, und hingegen dem anderen aus denen Erbschafftlichen Glaubigern, dem man eine gewisse Sach schuldig ist, an statt dessen das Geld geben könne, weil das Beneficium des Inventarii allein zu dem Ende erfunden und eingeführt worden, damit der Erb Schad-loß und von aller Ungelegenheit frey gehalten werde, und nicht, daß er aus eigner Authorität denen Glaubigern graticirn, und wider Willen diß für jenes ausbürden könne. Vid. Fachinæus. Lib. 4. controv. contro. 26. Perez de jure delib. n. 11. ad fin. Mynſ. loc. cit. Lit. Q. verſ. quinta. Welches auch von denen Legatariis zu verstehen ist, Krafft des Text. in auth. hoc nisi Cod. de Solut. & L. 14. §. fin. ff. de leg. 3. Mit welchem einstimmet unser Art. welcher dise Erlaubnuß dem Erben von darum zulaßt, damit er nicht verbunden seye, mit grosser Ungelegenheit und Vertruß die Erbschafftliche Sachen zu verkauffen, und gleichsam ein Diener der Glaubiger zu seyn.

Jenes ist ohne Zweiffel, daß die Erbschafftliche Sachen, welche an Bezahlungsstatt gegeben werden, um billigen Werth müssen angeschlagen werden, welches meistens zur Zeit der Inventur geschieht, wo erfahrne Schätz-Männer gebraucht werden, welche bey der Sachen Beschreibung den Werth ansagen, welches aber wann nicht 10.

nicht geschehen, oder der Glaubiger sich beklagt, daß er an der an Bezahlungs statt angebottnen Sach Schaden leide, so kan er ohne Beläſtigung des Erbens die Sach Obrigkeitlich ſchätzen, oder die Sach offentlich verganten laſſen. Und ſo weit erſtreckt ſich diſe Freyheit.

11. Die vierte Freyheit iſt, daß der Erb von denen Glaubigern inner der Zeit, ſo zu Machung des Inventarii vorgeſchrieben iſt, nicht kan beklagt werden. dict. L. ult. §. donec. Cod. de jure delib. welches auch auf den Erben, der ſich des Rechts zu deliberirn bedient, extendirt wird, dann obſchon einem ſolchen die Beneficia legis & Inventarii nicht zu ſtehen, weil wir doch ſchon oben geſagt haben, daß durch das Beneficium des Inventarii das Recht zu deliberirn nicht aufgehoben worden, ſo wird mit Recht geſagt, daß auch die zu vor dem Recht zu deliberirn zugelaſſne Würckung nicht aufgehoben worden ſey, daß er währender Deliberations-Zeit von denen Glaubigern nicht könne beläſtiget werden. Perez. loc. cit. n. 11. ad fin.

Von denen Rechts-Gelehrten werden doch diſer Regul einige Ausnahm beygeſetzt, der erſte iſt, wann der Erb nicht als Erb beklagt wird, ſonder, wie ein jedwederer anderer ſimpler Beſitzer Actione reali. Zum Exempel, wann in der Erbſchafft eine geſtohlne, eine deponirte, oder commodirte Sach iſt ꝛc. dann diſe Sachen muß er hergeben, wann man ſchon noch in Aufrichtung des Inventarii, oder in der Zeit der Deliberation begriffen iſt. L. Neſſennius 41. §. fundum. ff. de re Jud. DD. ad §. donec. dict. L. ult. Cod. de jur. delib. Andertens bey denen Schulden, welche keinen Verſchub leiden, wie da iſt der vermachte Unterhalt der Armen, damit ſie nicht unter der Zeit aus Hunger ſterben. 3. Die Begräbnuß-Köſten, damit der Verſtorbne nicht unbegrabner bleibe. Endlich 4. ob ſchon der Erb unter der Zeit, da das Inventari gemacht wird, nicht beklagt werden kan, ſo kan doch der Erb gar wohl die Erbſchafftliche Schuldner beklagen, ohnerachtet des Tituls in ff. quod quis juris in alium &c. Gloſſ. in dict. §. donec Lit. C. weilen die Urſach, wegen welcher der Erb diſe Freyheit hat, bey denen Erbſchafftlichen Schuldnern nicht zu finden iſt, über diſe Exceptiones iſt zu leſen. Mynſing. loc. cit. Lit. Q. vers. tertia.

12. Die fünffte Freyheit iſt, daß der mit dem Beneficio Inventarii bedeckte Erb den Abzug der Falcidiæ habe, welches wir ſchon oben bey dem 2. und 5. Art. 38. Tit. der Land-Recht ausgelegt haben, dann wann der Erb kein Inventari gemacht hat, ſo muß er Krafft deſſen, was aldort geſagt worden, denen Legatariis und Fidei-Commiſſariis das Ihrige alles bezahlen.

Ob er aber auch den Abzug der Trebellianicæ verliehre, deſſentwegen ſeynd die DD. im Stritt, weil der Kayſer Juſtinianus in dict. L. fin. Cod. de jure delib. allein von der Falcidia redet, und alſo anſcheint, daß er die Trebellianicam ausſchlieſſe, abſonderlich, weilen ſehr ſchöne Urſachen von denen DD. beygebracht werden, welche mit ſich bringen, daß wegen der Trebellianica ein anderes verordnet ſeye, als bey der Falcidia, wie zu leſen iſt bey Vigl. ad. §. extraneus. n. 7. Inſt. de hæred. qualit. & diff. Sarmient ſelect. 2. cap. 7. 8. Zoëſio ad tit. Cod. de jur. delib. quæſt. 4. per tot. Wo der geneigte Leſer den Unterſchied leichtlich begreiffen wird. Weilen aber unſer Art. zum Abzug der Falcidiæ und der Trebellianicæ die Machung des Inventarii erforderet, und eben diſes im 5. Art. 38. Titul enthalten iſt, ſo können wir von diſer ausdrucklichen Verordnung nicht abweichen, obwohlen der geneigte Leſer, wann er den Sentenz des Viglii und anderer oben citirter Authorum dem gemeinen Recht conform zu ſeyn erachtet, hier unter dem gemeinen und unſern Land-Recht einen Unterſchied machen muß. 13. diff.

14. Einige ſetzen die 6. Freyheit bey, daß wann der Erb eine Obligation oder Action wider den Verſtorbenen als ſeinen Schuldner gehabt hat, ihme ſolche Obligation, und Action völlig in ſalvo verbleibe, und durch das Inventari erhalten werde, auch durch die Antrettung und Confundirung der Erbſchafft nicht erlöſche, gleichwie im Gegenſpiehl, wann der Erb dem Verſtorbnen ſchuldig geweſen, diſe Obligation nach errichten Inventari auch in ſalvo bleibt, daß er von denen Erbſchafftlichen Glaubigern belangt werden kan. dict. L. ult. §. ſi verò & ipſe Cod. de jure delib. daß alſo hier die alte Rechts-Regul weicht, Krafft welcher durch die Erbſchaffts Antrettung die dem Erben wider den Verſtorbnen zu ſtändige Actiones confundirt werden. L. 7. Cod. de pact. obwohlen nicht anſcheint, das diß ein beſondere Freyheit ſeye, weil ſie in die erſte einſchlagt, Krafft welcher der Erb über die Kräfften der Erbſchafft nicht gehalten iſt, und wird ſupponirt, daß durch ſolche Freyheit die durch Antrettung oder Vermiſchung der Erbſchafft beſchehende Confundirung aufgehoben werde.

15. Wir ſetzen die 7. Freyheit bey, welche auch von den vorigen abhangt, daß, wann die Erbſchafftliche Sachen nach dem Todt des Teſtierers ohne Verſchulden des Erbens zu Grund gegangen, und kein Geld noch andere Zahlungs-Mittel verhanden, ſolchen Schaden die Glaubiger und Legatarii büſſen

büssen müssen, die Ursach ist gleich, weil das Beneficium des Inventarii den Erben sicher stellt, daß er vom Seinigen nitchs bezahlen mag.

16. Endlich und letztlich setzt Fachin. lib. controv. 6. cap. 29. bey, daß der Erb als eine Forderung erlangen könne, was immer auf insinuation des Testaments, Machung des Inventarii, und sonsten nothwendig ausgelegt hat, aus Ursach, weilen dise Kösten dem gemeinen Recht nach gleichsam Gerichts-Kösten seynd, und nach unsern Bayrischen Recht wahrhaffte Gerichts-Kösten seynd, welche bey jeden Gandt-Procels das erste Orth haben. Mit disem stimmt ein dict. L. ult. §. in imput. Cod. de jure delib. zu disem kommt auch hinzu, daß der Erb die Auslagen abziehen kan, welche er zur Defension der Erbschafft gemacht hat, weil dise unter die nothwendige Auslagen zu zehlen seynd, wann die Erbschafft von jenen angefochten wird, welche solche mit Unrecht an sich zu ziehen verlangen. Idem Fachinæus. loc. cit. lib. controv. 6. cap. 29. & Perez ad tit. Cod. de jur. delib. n. 11. ad fin. Ein mehrers kan gelesen werden bey Phanutio und Rolando à valle. de confect. Invent. uns ist dißfalls der Text in dict. §. in imputatione L. ult. Cod. de jure delib. klar genug, wo die Wort also lauten: In imputatione patrimonii damus hæredi licentiam accipere & retinere, quid quid in funus expendit (tanquam in causam necessariam) vel in testamenti insinuationem, vel inventarii confectionem (quæ sunt expensæ Judiciales, & omnibus creditoribus & Legatariis communes) vel ut textus addit, in alias necessarias causas hæreditarias approbaverit se persolvisse, quales causæ utique sunt, quæ fiunt pro justa defensione hæreditatis iniquè oppugnatæ.

Der achte Articul.

Es soll niemand, der ein Inventari zu machen unterlassen, und entzwischen in die bewegliche Güther gegriffen hat, weiter zu dem Inventari, und Freyheit desselben gelassen, noch dasselb wider fürzunehmen, und ihme zu Nutzen zu machen, in vorigen Stand zu Latein in integrum restituirt werden, in kein Weiß noch Weeg, es sey durch Recht, oder Anruffung Adelichen Richterlichen Amts, durch Kayser-Königlich, oder Lands-Fürstliche Indult, Rescript, oder Erlangung anderer Freyheiten, wie das Nahmen haben mag, allein ausgenommen die jenigen, welche unter 14. Jahren seyn, und aus Unverstand sich der beweglichen Güther ohne Inventari unterfangen hätten, denen soll es unschädlich seyn, doch daß alles das jenig, was sie in ihr Hand gebracht, wider erstattet, und in das Inventari gebracht.

Summaria.

1. Ob und in wie weit wider das vernachläßigte *inventari* die *restitution in integrum* Platz habe?
2. Ob einem *pupillen* als Erben die Unterlassung des *inventarii* oder Einmischung in die Erbschafft *praejudicirn* könne?
3. Ob der minderjährige Erb, wann er kein *inventari* gemacht, und sich in die Erbschafft eingemischt hat, die *restitution in integrum* habe?
4. Ob auch die vogtbare *restituirt* werden, als die Soldaten, Baurn, und die Weiber?
5. Warum in unsern Vatterland zu Machung des *inventarii* die *notarii* nicht erfordert werden?
6. Ob die Adeliche, so ein *inventari* machen, sich eines *notarii* bedienen können?
7. Ob zu Machung eines *inventarii* die Glaubiger, *legatarii* und andere, denen darann liegt, *citirt* werden müssen?
8. Warum zur *inventur* zwey Zeugen gebraucht werden müssen?
9. Ob der Erb das *inventari* unterschreiben müsse?
10. Wann der *testirer* selbst seine Sachen fleißig beschriben hat, ob der Erb sicher seye, da er die Erbschafft ohne *inventari* antritt?
11. Was Rechtens, wann der Erb bey dem *inventirn* einige Sachen vertuscht, ob er sich der Erbschafft unwürdig und unfähig mache?
12. Ob die ligende Güther dem *inventari* müssen einverleibt werden?
13. Weil der Erb, der kein *inventari* macht, die *falcidiam* und *trebellianicam* verliehrt, ob der Noth-Erb die *legitimam* verliehre?
14. Wann einer desjenigen Erb ist, der ohne *inventari* die Güther abgetretten hat, ob solcher um alles gehalten seye?
15. Ob auch der Erb, so ein *fidei-commissarius* ist, zu Machung eines *inventari* gehalten seye, wann er sich der Freyheiten desselben bedienen will?

16. Ob der Erb-Recht thue, wann er den zu erst kommenden Glaubiger wegschickt, und den anderen zahlt, der mehr Recht als der andere hat?
17. Ob der Erb wegen nicht begehrter *caution* alle Freyheiten des *inventarii* verliehre?
18. Ob nicht der *testierer per obliquum* dem Erben das *inventari*-Machen nachlassen und verbietten könne?
19. Ob der Erb im Gewissen über die Kräfften der Erbschafft gehalten sey, in dem Fall unterlassnen *inventarii*, wann er schon von denen Glaubigern nicht belangt, noch durch einen *sentenz condemnirt* worden?

1. Dise eintzige Frag, welche in disem Art. enthalten ist, hat seine Beschwährnuß, ob nehmlich, und in wie weit wider das vernachläßigte Inventari die Restitution in integrum Platz habe? Dißfalls ist ein zweyfacher Unterschied zu machen, 1. unter denen Vogtbaren, und denen Minderjährigen, oder auch Pupillen, und 2. unter dem Erben, der nicht allein das Inventari vernachläßiget, sonder auch sich in beweglichen Sachen in die Erbschafft vermischt hat, und unter dem Erben, der sich zwar nicht eingemischt, aber kein Inventari gemacht hat; Dann unter solch beyden Erben ist ein grosser Unterschied, weil ja jener mehr Schuld tragt, der sich in solch beyden verfehlet, daß nehmlich er kein Inventari macht, und zu gleich sich in die Erbschafft einmischt, und von denen Mobilien was wegnimmt, als der ander, der allein das Inventari unterlast, unter dessen aber von der Erbschafft nichts an sich ziehet, sonder sich gewissenhafft davon enthaltet.

2. Was nun den Erben betrifft, der ein Pupill ist, diser thut sich in Krafft dises Art. nicht schaden, wann schon er nicht allein kein Inventari gemacht, sonder auch etwas von der Erbschafft an sich gezogen hat, und dises wegen Abgang des Alters, und reiffen Verstands, welches eine Entschuldigung verdient. Es seynd aber zwey Stuck zu mercken, daß solcher Pupill die Restitution in integrum nicht nöthig habe, weil der Art. ausdrucklich sagt, denen soll es unschädlich seyn. Dann es wird der Einmischungs für nichtig, und als wann er nicht geschehen wäre, erachtet, daß also er die Restitution in integrum nicht nöthig hat. Wann nur, wie der Art. sagt, jenes, was vom Pupillen als Erben von denen Erbschafftlichen Mobilien weggenommen worden, wider zuruck gegeben, und in das Inventari eingetragen wird, welches die Vormünder thun müssen. Das andere ist, obwohlen die Weibs-Bilder ehender mannbar werden, als die Manns-Bilder, jene nehmlich im 12. Jahr, dise aber im 14. Jahr, daß jedoch unser Art. bey beyden das 14. Jahr ausstöcke, daß also wir darfür halten, daß auch ein Weibs-Persohn diser Freyheit, daß sie ihr durch Unterlassung des Inventari, oder auch durch Einmischung in die Erbschafft biß auf das 14. Jahr nicht præjudicirn könne, fähig seye, villeicht aus Ursach, weil die Schlipffrigkeit des Verstands, auf welche hier mehr, als auf die Mannbarkeit gesehen wird, bey Weibs-Bilderen noch gefährlicher ist, als bey Manns-Persohnen.

3. Was die Minderjährige belangt, wollen die Rechts-Gelehrte gemeiniglich, daß der minderjährige Erb, wann er das Inventari unterlassen hat, die Restitution in integrum habe. Guid. Pap. quæst. 141. & 142. Phanut. de Invent. hæred. part. 2. n. 24. Franc. Marc. quæst. 291. & quæst. 302. n. 4. part. 1. Hort. add. part. 2. quæst. 89. per. tot. wo er mehr andere citirt, Joseph Ludovic. lib. 2. decis. peruf. 55. n. 18. Und obwohlen dise DD. keinen Unterschied machen, ob allein die Frag seye von Unterlassung des Inventarii, oder auch von zu gleich beschehner Einmischung in die Erbschafft, so thut doch unser Art. disen Zweiffel klar auflösen, daß der minderjährige Erb, der kein Inventari gemacht, und sich in die Erbschafft eingemischt hat, auf keine Weiß der Restitution in integrum würdig seye. Aus Ursach, weil auf solche Weiß allein dem Minderjährigen eine Gelegenheit sich zu verbrechen gegeben wurde, nehmlich die Erbschafft anzunehmen, zu vertuschen, und vile Mobilien zu unterschlagen, und wann ihne die Erbschafftliche Glaubiger beunruhigen, zu allegirn, daß er aus Unverstand die Erbschafft ohne Inventari angetretten habe, und also die Restitution in integrum zu begehrn, um die Erbschafft mit vorläuffigen Inventari antretten zu können, welches auf keine Weiß zu zulassen ist, weil der Minderjährige wider den begangnen Dolum nicht In integrum restituirt wird; Dann zu deme, daß man die Restitution in integrum um das Inventari machen zu können erlangen möge, muß bekannt seyn, daß der Minderjährige, so die Restitution begehrt, mit den Erbschafftlichen Sachen gethreulich umgangen seye. Phanut. part. 2. n. 42. & 72. Dann ein Minderjähriger ist eines Doli fähig, denen Dolosis aber wird die Restitution nicht gestattet; Wann nun wir zulassen, daß sich der Minderjährige in die Erbschafft vermischt habe, so hat er sich eben darum der Restitution unwürdig gemacht. Wir sagen also schließlich, daß der minderjährige Erb nur als-

alsdann die Restitution in integrum nach Innhalt unsers Art. verliehre, wann er ein Inventari zu machen unterlassen, und in die bewegliche Güther gegriffen hat. Dann das erstere kan geschehen wegen Schwachheit des Alters, so einer Verzeihung würdig ist, das andere aber ist eine blosse und unerträgliche Boßheit, die nicht zu entschuldigen ist. Uber dise Materi haben wir den Text in Novell. 1. de hæred. & falcid. cap. 4. §. Pupillus 1. wo gesagt wird, aber denen Pupillen und Minderjährigen thut bey unsern Alter das Gesatz præjudicirn. Dann sie haben (Besag deren von uns angeführten Ursachen) damit sie nicht beschädiget werden, einen doppleten Schillt, nehmlich durch die Restitution und durch den Weeg wider die nachläßige Gerhaben; Wann die DD. disen Text von der Restitution in integrum auch auf die Minderjährige verstehen wollen, die nicht allein das Inventari zu machen unterlassen, sonder sich auch in die Erbschafft vermischt, und einige Mobilien an sich gezogen haben, so ist ein handgreifflicher Unterschied unter dem gemeinen und unsern Land-Recht, wann sie aber von der blossen nicht aus Betrug, sonder wegen nicht sattsammer Uberlegung der Sach beschehnen Unterlassung des Invettarii reden, so lassen wir gern zu, daß auch nach unsern Land-Recht die Restitution in integrum Platz habe, weil unser Art. zu Ausschliessung jedwederen Erbens, folglich auch eines Minderjährigen beydes erfordert, daß neben der Unterlassung des Inventarii, auch die Vermischung in die Erbschafft geschehen seye.

4\. Was ist aber letztlich von denen Minderjährigen zu sagen, von denen Soldaten haben wir in L. fin. §. ult. Cod. de jure delib. einen ausdrucklichen Text, daß, wann sie aus Einfältigkeit die Subtilität dises Gesatz nicht beobachtet haben, allein in so weit gehalten seyen, als vil sie in der Erbschafft gefunden haben, welches die DD. auch auf die Baurn und Weiber erstrecken, daß sie wegen unterlassnen Inventarii in integrum restituirt werden können, weilen sie mit denen Soldaten dergleichen Subtilitäten der Gesatz nicht verstehen, welches doch wir auf keine Weiß zulassen können, weilen in unsern Vatterlaud denen Einfältigen nichts gemeiners und bekanntlichers ist, als das Recht zu Inventirn, wovon wegen der Gerichts-Sportlen niemand Frey gelassen wird, man mag solches begehrn oder nicht, ja wann man ausdrucklich darwider protestirt, so müssen doch solche wider Willen nach unsern Land-Recht dise Gutthat anehmen. Es ist auch denen nächtlichen Dieben und bösen Leuthen eine bekannte Sach, weil wir unserer Zeit geschehen zu seyn, uns erinneren, daß dergleichen Gesindel zu einem in der Einöde wohnenden Baurn nächtlicher Weil gekommen, und den Eintritt begehrt, deren einer sich gestellt er sey der Richter, der ander er seye der Amts Schreiber, der dritte, er sey der Scherg, um das inventari zu machen, wo in dessen der Baur und sein Weib umsonst lamentirte, welche mit denen auf den Rucken gebundenen Händen zu sehen müssen, wie aus denen eröffneten Kösten und Truchen dise Schelmen alles genommen haben, was ihnen gefallen hat, ohne eintziges Inventari. Wir lassen nun denen Baurn und Weibern dißfalls keine Freyheit zu, und geben ihnen auch die Restitution in integrum nicht. Wer mehrers sehen will, der lese den Phanut. und Rolandum à valle, welche über dise sehr nutzliche und tägliche Materi gantze Tractat geschriben haben, weßwegen auch wir etliche besondere Fragen nach unserer Gewohnheit noch beydrucken.

Die erste Frag ist, warum in disem unsern Art. nichts enthalten seye vom Notario, welcher zu Verfassung des Inventarii Krafft des Justiniani Verordnung so sorgfältig erfordert wird, daß er in numero plurali redete, als wann gleichsam mehrere, als nur einer nöthig wären? Und wir antworten, daß in unsern Vatterland zu Machung der Inventarien die Notarii nicht pflegen gebraucht zu werden: Dann entweders handlen wir vom Inventari eines gemeinen Menschens, oder vom Inventari eines Adelichen: In ersten Fall hat das Recht zu Inventirn deß Verstorbnen ordentliche Obrigkeit, wie bey dem 1. Art. dises Tituls weitläuffiger gesagt worden, daß sowohl die Obsignation als Inventur, und Beschreibung der Güther ein Obrigkeitliche Verrichtung seye, welche anderst nicht, als vor ordentlicher Obrigkeit vollbracht werden kan. 5.

Man wird sagen, daß andere Instrumenta für gemeine Leuth vor Notari und Zeugen können errichtet werden, warum nicht auch die Inventaria, absonderlich weilen, L. fin. Cod de jure delib. die Gegewart des Notarii nicht allein zulaßt, sonder auch Insonderheit erfordert? Wir antworten, daß diser Act, obwohlen er vor Altem von freyen Willen abhangete, daß er vor einem offentlichen Notario und Zeugen hat geschehen können, in unsern Vatterland aber ist nothwendig worden, also daß, wann einer sich der Gutthat des Inventarii bedienen will, er solches Obrigkeitlich vor dem Richter, oder vor jenen, welche vom Richter dises zu machen deputirt worden, aufrichten lassen muß, wie dann auch die Ausrichtungen anderer Instrumenten Krafft des 5. Art. 1. lib. 3.

Tit. der Lands- und Pollicey-Ordnung, der ordentlichen Obrigkeit eingeraumt worden. Obwohlen nun jedem frey stehet, ob einer ein Erb mit oder ohne Gutthat des Inventarii seyn wolle, wie wir bey dem ersten gesagt haben, jedoch, wann der Erb sich entschlossen, ein Inventari machen zulassen, so muß solches von ordinari Obrigkeit gemacht werden, villeicht wegen grössern Glauben, so denen Obrichkeitlichen Verrichtungen zugeeignet wird, als denen Verrichtungen des Notarii. Ist also dißfalls unter unsern Land- und dem gemeinen Recht ein Unterschied.

6. Was die Adeliche-Persohn betrifft, haben wir schon öffters gesagt, daß ihre Schrifften, die mit eigner Handschrifft und Anfang ihrer Sigill bestättiget werden, offentlichen Glauben haben. Also in den Fällen, wo denen Adelichen das Recht zu obsigniren und zu Inventirn gestattet wird, haben sie keinen Notari nöthig, obwohlen in dem 3. Art. dises Tituls, die Gegenwart anderer ehrlicher Leuthen erfordert wird, wir haben doch gesehen, daß gar offt geschehen, daß die Adeliche Persohnen um grösserer Sicherheit und Glaubens willen zu gleich auch einen Notarium gebraucht haben, welches als ein Uberfluß kan gestattet werden, weil der Uberfluß nicht schadet, L. si servo 26. ff. adimend. Leg. und sicherer ist, daß man mehreres thue, als etwas unterlassen, was nöthig ist.

7. Die andere Frag ist, ob zu Machung des Inventarii auch die Glaubiger, Legatarii, und andere, denen daran gelegen ist, citirt werden müssen. Auf dises wird geantwortet, daß dem gemeinen Recht nach die Glaubiger, Legatarii Fidei-Commissarii, wann sie gegenwärtig seynd, citirt werden müssen, wann sie aber abwesend seyn, wenigist 3. reiche Zeugen, die glaubwürdig, und von guten Ruff seynd, gebraucht werden müssen, in disem unsern Titul aber wird von der Citation der Glaubiger und Legatorium gar nichts gesagt, noch von zu Ziehung dreyer Zeugen, deren der dritte an statt des Notarii ist. Dessen ist, was die Citation belangt, villeicht dise Ursach, weil nicht nöthig ist, einen zu citirn zu einen Act, welchen er nicht verhindern kan. DD. in L. de unoquoque ff. de re Jud. die Glaubiger und Legatarii aber können die Obsignation, und Inventur nicht verhindern, seynd also hierzu nicht zu citirn. Wann man sagt, daß ihnen von darumen daran gelegen sey, damit sie sehen, damit nicht etwas aus der Erbschafft im Inventario ausgelassen, oder gar vertuscht werde. So antworten wir, obwohlen die Glaubiger und Legatarii nicht zu gegen seynd, ihnen doch allzeit ihr Recht in Salvo verbleibe, daß nehmlich jenes, was im Inventari ausgelassen, oder gar vertuscht worden, auch nach der Hand ersetzt werden müsse. Ob nun schon die Citation der Glaubiger und der Legatariorum in Abgang kommen, so veranstaltten wir doch bey unsern Baurn zum Uberfluß, daß die Glaubiger, wann sie bekannt und liquid seyn, der Inventur beywohnen, weil dise Gattung der Leuth gar argwöhnisch ist, damit sie mit Augen sehen können, daß alles getreulich abgehandlet werde. Unter dessen stehet allzeit für das vom Richter vor Zeugen errichtete Inventari die Præsumption, daß alles Recht-mäßig geschehen, und, wann die Glaubiger oder die Legatarii einen Mangel anzeigen, solchen probirn müssen.

Es erfordert auch unser Titul bey Abwesenheit der Glaubiger und der Legatariorum den Gebrauch dreyer Zeugen nicht, sonder nur zwey Zeugen, aus Ursach, weilen diser Act der Aufrichtung eines Inventarii Gerichtlich ist, wo durch die Authorität des Richters die Zahl deren ersetzt wird; Aus welchem erhellet, daß abermahlen ein doppleter Unterschied seye unter dem gemeinen, und unsern Land-Recht, weilen die Gewohnheit des Watterlands weder die Citation der Glaubiger und der Legatariorum, weder in deren Abwesenheit 3. Zeugen erfordert. diff.

Und obwohlen wir offt gesehen haben, daß die Land und Hof-Marcks Richter allein denen Schergen und Amts-Leuthen die Inventur und Beschreibung der Erbschafft anvertraut haben, so können wir doch dises nicht genehm halten, weil der 1. Art. dises Titul wenigist die Gegenwart zweyer Zeugen erfordert, welches ja von darumen verordnet worden, weil der Act der Inventur von grosser Wichtigkeit ist, in welchem von allem Vermögen gehandlet wird, daß billig von dessen Glaubwirdigkeit über die Præsumption, welche für den Richter stehet, auch die Wahrheit durch Zeugen erwissen werden muß. 8.

Die dritte Frag ist, weil der Text in L. ult. Cod. de jure delib. erfordert, daß das Inventari vom Erben selbsten unterschriben werden soll, ob auch dise Unterschrifft nach unsern Land-Recht nöthig seye? Und wir sagen, daß auch dise Unterschrifft nach Gewohnheit unsers Vatter-Lands nicht erforderlich seye, weilen ja die Authorität des Richters solche ersetzt, welches, wann der geneigte Leser will, wird für einen Unterschied gemerckt wer- 9. diff.

werden kan. Wir haben doch gesehen, daß bey Adelichen Persohnen der Brauch seye, daß sie das Inventari von denen Erben unterschreiben und besiglen lassen, welches gantz recht ist, weilen um ihr Sach gehandlet wird, und also, wann diß nicht nothwendig, wenigist für thunlich zu seyn eracht wird, damit der Befreundten Mühe und Arbeit durch Approbation der Erben bestättiget werde. Die Gemeine und Baurs-Leuth können selten schreiben, und also der Verordnung des Justiniani durch die Unterschrifft nicht nachleben. Muß also diß alles durch die Authoritát des Richters ersetzt werden; Weil auch jenes nicht im Brauch ist, daß an Seiten des Erbens, der nicht schreiben kan, ein anderer Notarius gebraucht werden soll, wie der Text in L. ult. Cod. de jure delib. erfordert.

10. Die vierte Frag ist, ob, wann der Testierer selbst seine Sachen fleißig beschriben, und Inventirt hat, der Erb, da er die Erbschafft antritt, sicher seye, wann er kein Inventari gemacht hat? Von disem finden wir nichts verordnetes in unsern Statuten, daß aber dises nicht genug seye, bringt die Vernunfft mit sich, weil das Beneficium des Inventarii den Testierer nicht betrifft, sonder allein den Erben, welcher, wann er sich wegen des Testierers blossen Schrifft in die Erbschafft einmischt, und die bemelte Solennitäten nicht beobachtet, sich des Beneficii des Inventarii nicht bedienen kan, Mynsing. loc. cit. §. sed nostra Inst. de hæred. qual. & differ. wo er aus Baldo sagt, daß das Inventari den Ursprung von der Persohn des Erben haben müsse, und nicht von der Persohn des Verstorbnen. Dann warum soll nicht der Testierer zu Favor des Erben eben so denen Glaubigern præjudicirn können, wie der Erb selbsten.

11. Die fünffte Frag ist, ob der Erb, die Erbschafft mit dem Beneficio Legis & Inventarii antritt, sich unwürdig und unfähig mache, wann er bey würcklicher Machung des Inventarii einige Erbschafftliche Sachen entwederss selbsten vertuscht, oder durch andere auf die Seiten raumen laßt, und es scheint, man könne mit Ja antworten, aus Ursach, weilen der, so sich wider das Gesatz versündiget, der Gutthat des Gesatz nicht würdig ist, Cap. quia frustra X. de usur. hernach wird in §. sancimus igitur. auth. de hæred. falcid., verordnet, daß der Erb, der eine Erbschafftliche, obwohlen geringe Sach vertuscht hat, nicht allein in der vertuschten Sach die Falcidiam verliehre, sonder solche völlig verliehre, warum also soll nicht auch dises vom Erben gesagt werden können, welcher bey dem so heiligen Act der Inventur und Beschreibung der Erbschafft eine Untreu verjebt, daß nehmlich er sich, da er sich wider das Gesatz versündiget, der Gutthat des Gesatz gäntzlich unwürdig mache? Weilen aber das Widerspiel ausdrucklich enthalten ist in dict. L. fin. §. licentia danda, wo gesagt wird, in Betrachtung daß, wann die Erben etwas von der Erbschafft verschwigen, oder verborgen haben, oder vertuschen lassen, nachdem sie dessen überwiesen worden, sie solches dopplet ersetzen, oder an der Erbschafft abrechnen müssen, welche Wort ausdrucklich das Beneficium des Inventarii dem Erben vorbehalten, und ihne als fremden Erben allein umb das dopplete anziehen; Wir können von so klarer Verordnung des Gesatz nicht abweichen, weil dise in unsern Bayrischen Land-Rechten corrigirter nicht zu finden.

Wann man sagt, dise seye corrigirt worden in dem 4. Art. vers. wäre aber, wo gesagt wird, daß, wann einer den Willen gehabt, ein Inventari zu machen, aber als wohlte er die Inventur empfangen, sich in die Erbschafft vermischt, oder Erbschafftliche Schulden entweders völlig oder zum Theil zu Handen genommen hat, er des Beneficii des Inventarii nicht mehr fähig seye, sonder um alle Schulden zu bezahlen in solidium gehalten seye. Hierauf aber antworten wir, daß diser Art. von jenem rede, welcher nur gedenckt hat ein Inventari zu machen, sich aber noch nicht für einem Erben mit dem Beneficio legis & Inventarii erklärt, noch vil weniger ein Inventari gemacht, oder zu machen angefangen hat, welch alles ja ein sehr unterschiedne Sach ist, weil der blosse Gedancken nichts auswürckt, und jener, welcher Erbschafftliche Sachen vertuscht hat, ohne daß er sich als Erben mit dem Beneficio legis & Inventarii erklärt hat, darfür gehalten wird, daß er sich des Beneficii des Inventarii begeben, und sich eben darum in die Erbschafft vermischt hab, in welchem Fall dem alten Recht nach die Actiones und Obligationes des Testierers, und des Erbens vermischt werden, und der Erb wird allen Glaubigern ex quasi Contractu verbunden, selbe auch aus eignen Mittlen zu bezahlen. Es ist zwar wahr, daß die andere Meynung gemeiner seye, wie bekennen Phanut. de Invent. hæred. part. 3 n. 53. & seq. & Ant. Faber de error. prag. Decad. 2. err. 5. part. 1. weilen jedoch unser Durchläuchtigiste Gesatz-Geber auf beschehne Erinnerung die Verordnung des L. fin. Cod. de jur. delib. dißfalls nicht verändert hat, so ist uns nicht erlaubt, einen Gesatz-Geber abzugeben, und aus einer einbilderischen Billigkeit, welche die DD. behaupten wollen, den Erben wegen eines dergleichen villeicht geringen Verbrechens um die gantze Erb-

Erbschafft zu bringen. Dann warum soll ein Fremder, der aus der Erbschafft etwas gezwackt, gelinder gestrafft werden, als ein Erb, deme der Testierer seine gantze Erbschafft zu gemeint hat.

12. Die sechste Frag ist, ob auch die unbewegliche Güther in dem Inventario beschriben werden müssen? Dem gemeinen Recht nach ist gewiß, daß alle des Verstorbnen bewegliche Güther, alle Schulden activè und pasivè, alle Recht und Gerechtigkeiten, welche in der Erbschafft zur Zeit des Testierers Todt gefunden werden, dem Inventario einverleibt werden müssen. L. si de eo. §. si fortè ff. de acquir. possess. Ja auch fremde Sachen, und aller Sachen Früchten und Nutzungen. Phanut. de Inventario dict. parte 3. n. 35. cum seq. Mit solcher Sorgfältigkeit, wie solche die Kayser Valentinianus und Valens erforderen in L. si quis intra. 7. Cod de bon. proscript. wo dise Wort zu lesen, ut plena scilicet descriptio comprehendat, quod spatium, & quod sit ruris ingenium, quid cultum sit, aut colatur, quid in vineis, olivetis, aratoriis, pascuis, sylvis fuerit inventum, quæ etiam gratiâ & quæ sit amænitas locorum, quis in ædificiis, ac possessionibus sit ornatus, quod mancipia in prædiis occupatis, vel urbana vel rustica, & quarum artium generibus imbuta, quod bonum exercitiis terrarum, atque vameribus instruentium, quod pecorum, & armentorium greges, & in qua diversitate numerati, quantum auri & argenti, vestium, ac monilium, vel in specie vel in pondere, & in quibus speciebus, quidvé in hypothecis sit receptum &c. welche Wort ja mehr von Adelichen als von Baurn-Güthern zu verstehen seynd, dann die Baurn hinterlassen keine Hals-Band, geziehrte Gebäu, und dergleichen. Ant. Faber in Cod. suo ad tit. de jure de lib. defin. 25. sagt: Ein Inventari absonderlich ein ziehrliches, Krafft dessen der Erb die Freyheit haben will, daß der über die Kräfften der Erbschafft nicht gehalten seye, könne anderst nicht gelten, als, wann es die Beschreibung aller beweg- und unbeweglichen Güther, welche in der Erbschafft seynd, in sich enthaltet, und zwar klar mit allen Unterschied, an Gewicht, Zahl, Maaß Qualität und Quantität der Erbschafftlichen Sachen, damit kein Betrug unterlauffen mag. Unser Titul aber ist so scrupulos nicht, weil der 1. Art. dises Tituls hauptsächlich erfordert, daß die bewegliche Sach, die Forderungen, Brieffschafften und dergleichen getreulich obsignirt und verwahrt werden sollen: Und obwohlen der 2. Art. auch die Beschreibung der ligenden Güther erfordert, so geschieht doch solche gemeiniglich so genau nicht, wie es der Text in L. 7. Cod. de bon. proscript. vorschreibt, dann gemeiniglich wird nur gesetzt, diser oder jener Baur besitzt einen gantzen oder halben Hof, mit Hauß, Grund, Stadel, Garten, Ställen für allerhand Vieh, daß aber die Jaucherten der Aecker, Wisen, Weidungen ꝛc. die Jaucherten der Wälder, Weyer und dergleichen Gründen abgemessen werden sollen, das haben wir niemahlen gesehen; Dessen ist die Ursach, weilen die ligende Güther nicht verborgen oder vertuscht, folglich darin kein Betrug geschehen kan, in Ansehung dessen so genaue Beschreibung in den Inventarien nöthig wäre. Dann wär wurde zu Ausmessung der gegen Güther allzeit gerechte Ausmesser finden, die der Aecker Breite, und Länge recht ausmessete und entwerffete? Die Baurn seynd so halßstärrig, daß sie kein Hand-Breit von ihrem Grund und Boden anlassen, haben auch ihrer ligenden Güther, welche allen bekannt seynd, kein Beschreibung nöthig. Bestehet also die mehriste Sorg in fleißiger Beschreibung der beweglichen Güthern, worauf die Obrigkeit wachtsammes Aug zu tragen hat, absonderlich, weilen die Erben bey Vertuschung des parn Gelds, und der kostbareren Mobilien als Zünn, Kupffer ꝛc. sehr schalckhafftig seynd, wie wir schon anderstwo gesagt haben, daß wir bey reichen Baurn niemahlen ein par Geld gefunden haben obwohlen sie ihren Kinderen 600. fl. und mehr zum Heyrath-Guth gegeben haben.

Die siebende Frag ist, weilen, wie 13. wir gesagt haben, der Erb, so kein Inventari macht, die Falcidiam und Trebellianicam verliehrt, ob er auch, wann er ein Noth-Erb ist, die Noth-Gebühr verliehre? DD. ad Auth. hoc amplius Cod. de Fidei-Commiss. wollen gemeiniglich, daß dem Erben die Noth-Gebühr unbekränckt verbleibe, weil man solche dem natürlichen Recht nicht benemmen kan, welches sich in der Præsumption gründet, daß der Erb, der das Inventari unterlaßt in den erbliche Sachen ungetreu umgehe, fürwahr aber dise Meynung ist von keiner Wichtigkeit, daß der Erb ist in der Noth-Gebühr Erb, und bleibt solcher, und also ist er die Erbschafftliche Schulden zu zahlen allzeit verbunden, weil niemand weder ein völliger Erb, noch zum theil seyn kan, wann nicht die Schulden bezahlt seyn, dann obwohlen die Noth-Gebühr eine Schuld genennt wird, so ist doch diß nicht zu verstehen um auf die wahre Glaubiger eine Gleichheit zu machen, welche ja der Noth-Gebühr vorgehen, sonder nur, wann man ein Gleichheit mit denen Legatariis

und Fidei-Commissariis machen will, welchen zu Zeiten eine sonst fette, und reiche Erbschafft zu Præjudiz der Kinder erschöpffen. Gar schön redet von diser Materi Ant. Faber in tit. de jure delib. defin. 23. wo er sagt, der Sohn, der über die Vätterliche oder Mütterliche Erbschafft kein Inventari gemacht hat, verliehrt weder die Legitimam, noch die Trebellianicam, ist also der Sohn nicht gehalten, denen Legatariis, oder dem Fidei-Commissario universali von dem Seinigen etwas zu geben, dann diß ist die nothwendige Folg, weilen er von denen Legaten selbsten, und von dem Fidei-Commisso universali den 4ten Theil abziehen kan, diß aber bewürckt doch nicht, daß er nicht denen wahren Glaubigern, welche nicht Gewinns halber, sondern um den Schaden zu wenden streitten, gehalten seye, sie auch von der Noth-Gebühr, von der Trebellianica, und Falcidia zu befriedigen. Es ligt auch nichts daran, daß die Noth-Gebühr der Kinder Unterhalt seye, weil dise nicht abgezogen werden kan, wann nicht zuvor alle Schulden bezahlt seyn. Zoësius ad tit. Cod. de jur. delib. quæst. 3.

14. Die achte Frag ist, was Rechtens seye, wann einer desjenigen Erb ist, der die Güther ohne Inventari abgetretten hat? Und auf dise Frag antwortet Zoësius loc. cit. quæst. 8. daß dessen Erb in solidum nicht gehalten seye, sondern allein nach den Kräfften der Erbschafft, aus Ursach, weilen der Erb um mehr nicht angehalten werden kan, als der Verstorbne gehalten wäre; Welches doch also zu verstehen ist, nemlich, daß der Erb dessen, welcher die Güther cedirt hat, denen Erbschafftlichen Glaubigern nicht gehalten seye, die Bezahlung von dem Seinigen zu thun, wann er bereit ist, die gantze Erbschafft denen Glaubigern anzulassen, weilen jener, der die Güther abgetretten, um mehr nicht verbunden wäre, also auch ist der Erb dessen um mehrers nicht verbunden. Es kan also der Erb jene Güther für sich nicht behalten, welche der Cedirende nach beschehner Cession neuerlich erworben hat, dann, obwohlen der Güther Abtretter seinen Glaubigern in den neuerlich erworbenen Güthern um mehrers nicht gehalten ist, als was er füglich thun kan, weil ihm das Beneficium competentiæ gestattet wird, weilen jedoch dises Beneficium personale ist, und in der Persohn des Cedenten, welche in disem Fall verstorben zu seyn supponirt wird, erlöscht, so muß von solchen Gütern der Erb sich enthalten, wann er sich nicht will durch die Einmischung denen Glaubigern verbinden.

Die neunte Frag ist, ob auch der Fidei-Commissarius schuldig sey ein Inventari zu machen, wann er sich dessen Freyheiten bedienen will? Und es antwortet Ant. Faber in Cod. de jure delib. def. 24. mit Ja, weil er anstatt des Erben ist, und also muß er wie der Erb, ein Inventari machen, wann er nicht sowol denen Legatariis, Particular-Fidei-Commissariis, als auch denen Glaubigern vollständige Satisfaction zu geben, sich verbinden will, welches er in so weit erstreckt, daß, wann das Inventari schon zuvor vom ersten Erben gemacht worden, solches dem Fidei-Commissario nichts nutzt, wann nicht dises Recht, und das Beneficium Inventarii vom Erben sonderheitlich dem Fidei-Commissario abgetretten worden, wo er erweißt, daß dises Beneficium abtrettlich seye, weil solches auch dem Erben des Erben zufallet. 15.

Die zehende Frag ist, ob der mit dem Beneficio des Inventarii bedeckte Erb recht thue, wann er den zu erst kommenden Glaubiger abweißt, und den anderen zahlt, welcher ein bessers Recht hat, als der erste? Und es antwortet Ant. Faber loc. cit. defin. 33. daß der Erb sich nicht frey mache, wann er die ältere Glaubiger zahlt, wann er zuvor von denen jüngern belangt worden, weilen dise Freyheit denen fleissigern Glaubigern gegeben worden, welches wir für fremd ansehen, wenigist nach unsern Land-Recht, dann warum soll der Erb in Krafft des Inventari gehalten seyn vom Glaubiger ein Caution zu begehren, den er als minder privilegirt bezahlt hat, damit, wann ein mehr Privilegirter kommt, er das Bezahlte demselben zuruck stellen wolle, ist nicht ein kürtzerer Weeg, sich von diser Bürde zu erledigen, wann er den mehr privilegirten Glaubiger bezahlt? welcher dem minder Privilegirten, wann er schon vorkommt, die Exceptionem doli entgegen setzen kan, und sagen: Du thust aus Betrug jenes, als erst kommender Glaubiger begehren, was du so gleich wider zuruck stellen must. cap. dolo 59. de R. J. in 6. L. in condemnatione 73. §. fin. ff. de R. J. cap. tua 13. X. de usur. L. dolo 8. ff. de dolo mal. & met. except. Hernach ist dise Freyheit nicht gegeben worden, wie D. Faber sagt, zu Favor der Glaubiger, die ihnen vigiliren, sondern zu Favor des Erbens, damit er sich um so mehr von aller Belästigung frey machen könne, welches auf solche Weiß zu seiner Verfolgung gereichete, absonderlich, wann er durch Bezahlung des ältern, und mehr privilegirten Glaubigers, auch die Bürde den weniger privilegirten zu zahlen sich aufladete. Endlich 16.

ist der mit dem Beneficio des Inventarii bedeckte Erb nicht schuldig den zu erst kommenden minder privilegirten Glaubiger zu zahlen, sondern hat allein die Erlaubnuß, dises, wann er will, zu thun, welche Erlaubnuß ihme als eine besondere Gnad gestattet wird, es kan also nicht recht seyn, daß, was seinem Willen gestattet wird, solcher Gestalten zu einer Schuldigkeit gemacht werden solle, daß er bey Unterlassung auf sich eine Bürde schiebete, den minder Privilegirten aus eigenen Mittlen bezahlen zu müssen. Es ligt auch nichts daran, daß der Text in L. ult. §. etsi Cod. de jure delib. sich gleichsam befehlicher Worten bedienet, & eis satisfaciant, und sollen sie bezahlen. Weil die Glossa lit. S. gantz recht durch die Wort satisfacere valeant, sie können die Glaubiger bezahlen auslegt, um zu zeigen, daß keine Schuldigkeit, sondern ein freyer Will seye, ehender den letzteren, als erstern Glaubiger zu bezahlen. Und dise Meynung schreibt auch unser Titul unter, welcher Art. 7. §. zum anderen die Wort braucht, mag einen jeden Glaubiger bezahlen etc. Dann das Wort mag legt ihm keine Schuldigkeit auf, sondern laßt die Sach seinem freyen Willen über.

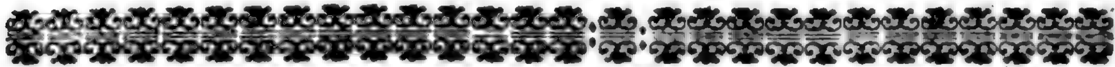
17 Wann aber 11. man fragt, ob der mit dem Beneficio des Inventarii bedeckte Erb, welcher die Caution nicht begehrt hat, das völlige Beneficium des Inventarii verliehre? So antworten wir, daß wir schon oben der Meynung gewesen, daß der mit dem Beneficio des Inventarii bedeckte Erb wegen unterlaßner Cautions-Begehrung anderst nicht als in Subsidium gehalten seye, wann nemlich der privilegirte Glaubiger von dem minder-privilegirten, und bezahlten Glaubiger actione revocatoria das Seinige nicht mehr erlangen kan. In welchem mich bestättiget des Ant. Fabri Meynung, welche er in defin. 33. weiters ausführt, und sagt: Obwohlen der Erb, welcher die zu erst kommend weniger privilegirte Glaubiger leer abweiset, hingegen die mehr privilegirte bezahlt hat, disen gehalten seye aus eignen Mittlen die Bezahlung zu verschaffen, er doch die übrige Beneficia des Inventarii nicht verliehre, also auch solche nicht verliehre, wann er nach unsern Land-Rechten die Caution nicht begehrt hat. Dann das Inventari ist etwas generales, es folgt also nicht, daß, wann einer dessen einen Theil nicht erfüllet, er das gantze Beneficium verliehre, dann in disem unsern gantzen Titul wird nichts verordnetes gefunden, daß einer wegen unterlaßner Cautions-Begehrung aller des Inventarii Freyheiten beraubt werden müsse. Aber in deme muß er bestrafft werden, in wem er sündiget, nemlich daß er dem mehrers privilegirten Glaubiger den Schaden ersetzen muß, welchen er ihm selbsten durch unterlaßne Cautions-Begehrung zufügt.

Die 12. Frag ist, es ist in vorgehenden gesagt worden, absonderlich bey dem 6. Art. dises Tituls, daß der Testirer seinem Erben das Inventari Machen, weder nachlassen, noch verbietten könne, welches wahr ist, wann er diß directè thut, um den Erben um die davon abhangende Freyheiten zu berauben; Was ist aber Rechtens, wann diß indirectè geschieht. Zum Exempel, wann er einen mit der Condition als Erben eingesetzt hat, wann er kein Inventarium wird gemacht haben, oder dem Erben einen Fidei-Commissarium beygesellet hat mit der Condition, wann er ein Inventari machen will, wird nicht eben darum dises unsers Art. Verordnung eludirt? Und es antwortet Ant. Faber loc. cit. defin. 43. daß solche Condition von den Rechten verworffen seye, und also der Erb darfür gehalten werde, als wann er ohne Condition wäre eingesetzt worden, oder man müsse die Cautionem mutianam ergreiffen, von welcher handlet L. Mutiana 7. ff. de condit. & demonst. 18.

Die letzte Frag ist, ob der Erb im Gewissen über die Erbschafftliche Kräfften gehalten seye in dem Fall, da er das Inventari unterlassen, daß er von dem Seinigen zahlen müsse, wann er schon von denen Erben nicht belangt worden? Und obwohlen einige, wie D. Bassus in suis 50. decis. Justin. decis. 35. redet, gar zu scharff seyn, und vermeynen, daß der Erb, der das Inventari unterlaßt, um alles in solidum, und über die Erbschäfftliche Kräfften auch in Gewissen, ehe ein Sentenz erfolgt ist, sowol denen Glaubigern, als auch denen Legatariis verbunden seye, so ist doch das Widerspiel wahrhaffter, wie zu sehen ist bey Covar. ad c. 1. de testam. n. 2. Molin. de Just. & Jur. tract. 2. disp. 217. Engel in suo colleg. jur. Can. part. 1. tit. 2. §. 1. n. 38. Fachin. controv. lib. 6. cap. 24. Zoës. ad tit. Cod. de jure delib. quæst. 2. Gomez ad L. 3. tauri. n. 121. Aus Ursach, weil die Verordnung dict. L. fin. & Nov. 1. cap. 2. sich allein auf die Præsumption besteiffet, daß ein solcher Erb die Erbschafftliche Sachen untertuscht habe etc. und also billig wegen seines Verbrechen Straff leyde, weilen aber die Gesatz, die sich in blosser Præsumption besteiffen, pœnal seynd, und vor erfolgten Sentenz im Gewissen nicht binden, so ist die gemeine 19.

Mey-

Meynung favorabler, welche sowol die Glaubiger, als die Legatarios vor erfolgten Sentenz in Gewissen abtreibt, welches noch mehr Platz findet, wann die Glaubiger, und Legatarii selbsten wissen, bekennen, und bestättigen, daß in der Erbschafft mehr nicht gewesen, als was der Erb, der kein Inventari gemacht hat, offentlich vorgibt, dann solchen Falls ist es mehr eine Theologische Frag, ob sie ihre Forderungen in Gewissen sicher begehren können? Weilen ja die Præsumption des Gesatzes weichen muß, wo dem Kläger das Widerspiel, und also die Wahrheit handgreifflich bewußt ist.



Des XLIV. Tituls

Von Vollziehung der letzten Willen.

Erster Articul.

Wo ein Persohn mit Todt abgehet, und ein Geschäfft ihres letzten Willens hinter ihr verlaßt, so soll desselben verlassen Haab, und Güther, den Geschäfftigern, Treußtrageren, und Ausrichtern solchen Geschäffts, wann sie durchgehend zu Ausrichtern des gantzen Geschäffts verordnet, ohne rechtlich erkennen folgen, und durch die Obrigkeit derselben Ende, ihnen zu überantworten verschafft werden, ob sich dann jemand des widern wollt, so soll die Obrigkeit ausser Rechtens, solches zu gebietten Macht haben, und die Einantwortung nichts desto minder alsbalden thun lassen, mit Vorbehalt eines jeden Rechtens. Es wäre dann in solchem Testament ein solcher Mangel, alsbalden mit Augen zu sehen, daß nach obgesetzter Maß, und Form, oder nach jedes Orts sonderbar Recht, Gewohnheit, und Freyheit, die kundlich wären, das Testament nicht gemacht, und aufgericht worden, oder da ein anderer in offnem Innhaben, Nutz, und Gewehr solcher Güther, die man ein zu antworten begehrt, gesessen, ehe und zuvor der Erblasser verstorben. Doch sollen die Geschäfftiger, und Treußtrager ein Inventarium machen, und alle Haab, und Güther eigentlich zu beschreiben fürnemmen, auf Meynung, und Maß, wie im folgenden Titul gesetzt ist, auch den Erben desselben Inventarii, und des letzten Willens, auf derselben Begehren, und Kostung, glaubwürdige Abschrifft geben.

Wann dann solch Geschäfft, oder letzter Will, nach kundlichen Erinnern, und Wissen der Erben, oder anderer der Sachen Verwandten, von denselben nicht angefochten, noch widertriben würdet, so sollen die Geschäfftiger, daß nach seiner Ordnung, ihrem Vertrauen und Glauben nach, ausrichten, und vollziehen, und solches in eigner Persohn, es wäre dann einer kranck, oder weit abwesend, so mag mit Vorwissen der Obrigkeit ein anderer an sein statt gebraucht werden.

Im Fall dann in letzten Willen den verordneten Executorn ihrer aufgetragner Verrichtung, und Sorgtragung halben, nichts bestimmt, oder verordnet worden, so solle ihnen doch nach Gestalt der Erbschafft Vermögen, auch ihrer Mühwaltung durch die Erben, Vormunder oder Freund, und wann deßwegen Mißverstand entstunde, durch die ordentliche Obrigkeit ihr gebührliche Verehrung erkennt werden.

Summaria.

1. Welche seyn, und werden genannt die *universal* und *particular Testaments Executores*?
2. Ob die *Executores* alle Güther ohne Obrigkeitlichen *Decret*, und eigenmächtig zu sich ziehen können?
3. Was Rechtens, wann das *Testament* ein sichtbare *Nullität* an sich hat, ob solche der *Executorn* Amt verhindere?
4. Wann ein anderer noch bey Lebs-Zeiten des *Testirers* schon in kundlichen Besitz der Erbschafftlichen Güther gewesen, ob solche Güther denen *Executorn* zu behändigen seyen?
5. Ob die *Executores* ein *Inventari* machen müssen?
6. Ob der Erb der *Execution* beywohnen, und die *Executores* solches nicht verhindern können?
7. Weil dem Erben Abschrifften von dem von denen *Executorn* errichten *Inventario* gegeben werden müssen, ob der Erb mittelst solchen *Inventari* die Freyheiten des *Inventarii* erlange?
8. Ob die *Executores* ihr Amt persöhnlich vollziehen müssen, und wann einer kranck, oder abwesend ist, ob ein anderer von der Obrigkeit aufgestellt werden müsse?
9. Ob man denen *Executorn* für ihre Mühe eine Besoldung, oder Verehrung schuldig seye?

1. Ber die Materi von Testaments-Sachen ist noch übrig zu handlen von dem Amt der Testaments-Executorn, dann gemeiniglich thun die Testirer, welche ihren Erben nicht zu sehr trauen, in ihren letzten Willen, und Testamentern einen oder zwey, oder zu Zeiten mehrere gute Freund für Testaments-Executores ernennen, welche in unsern Art. die Geschäfftiger, Treußtrager, und Ausrichter genennt werden; Und dise seynd zweyerley, dann einigen wird die Execution des gantzen Testaments anvertraut, und dise werden benambst Executores universales, einigen aber wird nur die Vollziehung eines Particular-Legats, Fidei-Commiss, oder anderer Vermächtnuß anvertraut, und dise werden betitult particulares. Von denen Universal-Executorn redet gegenwärtiger unser Art., welcher

2. Verordnet 1. daß denen Universal-Executorn alle Erbschafftliche Güther beweg- und unbewegliche ohne Obrigkeitlichen Decret zu Handen gestellt werden müssen. Aus Ursach, weil ihre Treu von dem Testirer approbirt, und also keine Noth ist, daß sie vom Reichter bestättiget, und ihnen die Administration Gerichtlich zuerkennt werde.

Und obwohlen 2. Menoch. de adipisc. possess. remed. 4. n. 549. & remed. 6. n. 4 der Meynung ist, daß die Executores universales die Erbschafftliche Güther eigenmächtig zu sich nemmen können, absonderlich wann sie vacant liegen, aus Ursach, weilen sie den Titul vom Testirer haben, wie dann auch der Erb selbsten, wann keine Executores bestellet worden, das Recht hat, die vacante Erbschafft eigenmächtig anzutretten, weil jedoch unser Art. ausdrucklich sagt, daß ihnen durch die ordinari Obrigkeit des Orts die Einantwortung mit Vorbehalt des Rechts, welches zu haben jeder vermeynt, ohne Verweilung geschehen müsse, deßwegen ist räthlicher, wann die Testaments-Executores vom eigenmächtigen Anfall abstehen, und um Obrigkeitlichen Einraumung bitten, obwohlen unser Art. dise Auslegung füglich zulassen kan, daß alsdann erst das Einzechen des ordentlichen Richters nöthig seye, wann sich einer denen Executorn widersetzt.

Unterdessen 3. muß des Orts ordentliche Obrigkeit dergleichen Widersetzungen keinen Platz geben, oder deßwegen Process zulassen, weil zuvor zu erwarten ist, welcher Gestalten die Executores ihr Amt versehen. Und kan niemand ein rechtmässige Ursach zu klagen haben, biß man von denen Executorn beschwärt wird.

Doch macht unser Art. zwey Ausnähm, oder Milderungen. 1. Wann 3.
nicht aus dem Testament selbsten ein solcher Mangel vor Augen ligt, welcher macht, daß das Testament entweders von Rechts wegen, oder nach des Orts besondere Freyheiten, und Gewohnheit nichtig, und ungiltig seye, welcher Ausnahm sich gründet in L. fin. Cod. de edict. Div. Hadriani toll. wo verordnet wird, daß alsdann erst die Immission in die Erbschafft geschehen soll, wann im Testament sich kein sichtbarer Fehler zeigt, obwohlen hart genug ist, daß denen Executorn die Durchforschung des Testaments gleichsam, ob es einen sichtbaren Fehler habe, oder nicht, aufgetragen werde, weil ihre Treu und Glauben vom Testirer zu einem weit anderen Zihl und End erbetten worden, nemlich, daß sie seinen letzten Willen vorziehen sollen, und nicht, daß sie darüber, wo es niemand begehrt, überflüssige Scrupel erwecken sollen; Wir vermeynen also, daß dise Exception hauptsächlich alsdann Platz habe, wann einer also gleich da ist, welcher den Mangel des Testaments, oder dessen Ungiltigkeit klar vor Augen legt, und be-

begehrt, das Amt der Executorn zu verschieben, dann solchen Falls erachten wir billig zu seyn, daß sie von der Execution abstehen, biß über den allegirten Fehler oder Mangel ein Spruch geschicht; daß aber die Executores gehalten seyen, die Mängel zu durchsuchen, daß sagt weder unser Art. noch glauben wir, daß diß sein Absehen seye.

4. Der andere Ausnahm ist, wann nicht noch ein anderer bey Lebs-Zeiten des Testirers schon in der kundbaren Possession jener Erbschafftlichen Güther gewesen, deren Aushändigung von denen Executorn verlangt wird. Aus Ursach, weilen niemand ohne Ursach von seiner Possession zu treiben ist, und dise Exception gründet sich auch in dict. L. fin. Cod. de Edict. D. Adriani tol. welche die Einlassung in die Possession abschlagt, wann die Sach, so Erbschafftlich genent werden, auf rechtmässige Weiß von einem anderen besessen werden, wo die Wort zu mercken: Auf rechtmässige Weiß. Dann wann die Possession kundlich ungerecht ist, so ist darauf keine Acht zu geben, obwohlen ohne Citation, und Obrigkeitliche Untersuchung niemand von seinem Besitz zu vertreiben ist. Und dahero kommt es, daß unser Art. sagt, daß jener von den Executorn von seinem Besitz nicht könne vertriben werden, wann er in solchen Besitz gewesen noch in Lebs-Zeiten des Testirers, weil alsdann præsumirt wird, daß solcher mit guten Glauben die Possession erlangt habe, auch mit guten Willen des Testirers. Was ist nun von Widerspihl zu sagen, wann solcher erst nach dem Todt des Testirers die Erbschafftliche Sachen in Besitz genommen hat? Hierauf antwortet Menochius de recup. possess. remed. 13. n. 44. cum seq. daß er für einen ungerechten Besitzer gehalten werde, und also zur Restitution gehalten seye, wir vermeinen, daß dises mit unsern Art. gantz wohl über einsstimme, als welcher præsuponirt, daß alsdann erst denen Executorn die immission nachzuschlagen seye, wann einander schon im Besitz gewesen zur Zeit, wo der Testirer noch gelebt hat; also in Gegenspiehl, weil der Grund des L. fin. Cod. de edict. adrian. toll. zerfallet, so ist denen Executorn die Immission nicht abzuschlagen, wann bekannt ist, daß einander erst nach dem Todt des Testirers die Possession erhalten.

5. Es erfordert der Art. 4. daß die Executores über alle erbschafftliche Güther ein Inventari machen müssen nach der in vorigen Art. vorgeschriebnen Maß und Ordnung, dessen ist die Ursach, weil die Executores universales, über ihre Execution und Hauß-Haltung Rechnung geben müssen, ein jeder aber, der Rechnung geben muß, ist verbunden ein Inventari zu machen, weil das Inventari der Grund-Stein aller Rechnungen ist.

Es ist 5. denen Universal-Executorn obgelegen, daß sie vom gemachten Inventari dem Erben auf Begehrn Abschrifften geben. Aus Ursach, weil dem Erben daran gelegen, daß er die erbschafftliche Kräfften wisse, weilen, was nach rechtmässig vollbrachter Execution übrig ist, dem Erben verbleibt; Und deßwegen setzen wir bey, daß, wann der Erb der Execution beywohnen will, solches die Executores nicht verhinderen können. Speculat. tit. de Instrum. edit. §. nunc verò n. 23. Krafft des Text in L. legatum. ib. in fin. ff. de usufruct. leg. und scheint, daß dises bestättige die alte Reformation, welche erfordert, daß die Execution der Legaten und Vermächtnussen mit Erinnerung, und Wissen der Erben, oder anderer der Sachen verwahnten geschehen müsse, wann also thunlich zu seyn anscheint, daß auch der Befreundten und Verwandten Wissenschafft und Gedult darzu komme, so kan noch vil weniger das Beysein des Erbens, wann es verlangt, verhindert werden. 6.

Was ist aber zu sagen, weil unser Art. befihlt, daß dem Erben auf sein Begehrn von dem von denen Executorn gemachten Inventari Abschrifften gegeben werden müssen, obwohlen der Erb mittelst solch von denen Executorn erhaltenen Inventari alle des Inventarii ob bey dem 7. Art. weitläuffiger ausgelegte Freyheyten erlange? Die Ursach zu zweiflen ist, weilen oben wir aus Ant. Fabro ie Cod. suo de jure delib. defin. 34. gesagt haben, daß das von dem Erben gemachte Inventari dem Fidei-Commissario nichts nutze, ja, daß das vom Testirer selbst gemachte Inventari den Erben nicht befreye, von der Bürde, ein neues Inventari zu machen, scheint also, daß auch die Inventur der Executorn dem Erben nichts nutze: Wir glauben aber, daß das Widerspihl wahrhaffter seye. Die Ursach des Unterschieds ist dise, weilen die Executores das Inventari vilmehr für den Erben, als für sich machen, wann also nach bezahlten Glaubigern und Legatorien etwas übrig ist, so dem Erben zugehört, so ist keine neue Beschreybung nöthig, weil die Beschreibung wegen deren Glaubigen und Legatorien geschieht, wann also præsupponirt wird, daß alle bezahlt seyn, ist ja all weitere Beschreibung umsonst, wann man sagt, daß solche von darummen nothwendig seye, 7.

 weil

weil nach der Hand neue Forderungen, so zur Zeit der Execution nicht bewußt gewesen, sich hervor thun können. So antworten wir, daß das von denen Executorn gemachte Inventari hauptsächlich in Nahmen des Erbens gemacht worden, und weilen selbes in sich enthaltet, was dem Erben nach bezahlten Schulden und abgeführten Legaten und anderen Vermächtnussen verbleibt, so kan denen Glaubigern, welche sich neuerlich zeigen kein Præjudiz zugehen, unter dessen doch stehet dem Erben Krafft dises rechtmässig und gleichsam in seinen Nahmen errichten Inventari die Freyheit zu, daß er über das Vermögen der Erbschafft nicht gehalten seye. Ein anderes ist bey dem Erben, der die Erbschafft dem Fidei-Commissario behändigen muß, weil ihr Weesen gegen einander gantz besonder, und also sich nicht zu bewundern ist, wann von beyden ein besonders Inventari erfordert wird, es kan auch das Vätterliche Testament, oder des Testirers dem Erben nichts nutzen, daß er nicht aus Lieb, womit der Erb geehrt wird, in dem Inventari mehrers zu Præjudiz der Glaubigen verhalte. Wird also gantz recht gesagt, daß der Erb ihme selbsten um ein Inventari umsehen müsse, nicht aber daß der Vatter ihme um solches sorge, gewiß, wann das von Vormundern oder Vorsorgern gemachte Inventari denen Pupillen und Minder-Jährigen nutzet, warum soll nicht auch das von denen Testaments-Executorn gemachte Inventari dem Erben nutzen? Weil dise anstatt der Vormunder und Vorsorger seyn, und also genennt werden Treuetrager, Ausrichter rc. welches Wort Treuetrager absonderlich sich auf die Vormunder schickt. Lese doch den 10. Art.

8. Wann aber 6. nach gemachten Inventari niemand gefunden wird, der sich dem Testament, oder letzten Willen rechtmässig widersetzt, oder widersetzen kan, so ist der Executorn Amt, daß sie zur wircklichen Execution schreitten, und alles in solcher Ordnung, treu, und fleissig verrichten, was des Testirers letzter Will, und in Abmangel dessen die Recht erforderen. Diß aber erfordert insonderheit unser Art. Das 1. die erwählte Executores ihr Amt Persöhnlich verrichten sollen, aus Ursach, weil sonderheitlich ihre Treu erwählet worden, die Persöhnliche Sachen aber können einem anderen nicht überlassen werden. L. sed si eum, qui §. si petenti ff. de public. in rem act. L. 3. §. fin. ff. de usufruct. cap. privilegium 7. l. unica Cod. de eadem. toll. Doch wird 2. beygesetzt die Exception, wann einer aus den Executorn kranck, oder aus einer anderen rechtmässigen Ursach verhindert, oder weil abwesend ist, weil dise Ursachen rechtmässig seynd, die persöhnliche Erscheinung zu entschuldigen: weilen jedoch 3. der letzten Willen Favor derselben schnelle Execution erforderet, so gibt unser Art. die Erlaubnuß, daß die Obrigkeit an statt des Verhinderten einen anderen bestellen könne. Was ist aber Rechtens, wann 4. mehrere als zwey Executores bestellet worden, können woll, wann einer rechtmässig verhindert ist, die übrige nichts destoweniger mit der Execution fürfahren? und wir vermeynen, sie können fortfahren. Aus Ursach, weilen Krafft des 8. Art. 5. Tit. der Land-Recht, das jenige gilt, was von mehrern bestellten Vormunderen durch die mehrere Stimmen verhandlet worden, muß also auch jenes gelten, was die mehrere aus denen Testaments Executoren beschlossen, und vollzogen haben, dann es muß der Favor eines privat vogtbarn Menschens nicht grösser seyn, als der Favor eines Pupillen oder Minder-jährigen, aus welchem wir weiters schliessen, daß diß nicht allein Platz haben müsse, wann einer aus mehreren Executoren kranck, abwesend, oder auf andere rechtmässige Weiß verhindert ist, sondern auch wann alle bey der Execution erscheinen, und unterschidlicher Meynung seynd, weilen, was der mehrere Theil für billich, und gut befindet, solches zu vollziehen ist.

Endlich 7. wird gefragt, ob denen Testaments Executoren für ihr Ambt, und Mühe ein Lohn, oder eine andere Verehrung gegeben werden müsse? und wann solche von Testirer selbst, wie meistens zu geschehen pflegt, ausgeworffen worden, so muß ja dessen Willen erfült werden, hat er aber solche nicht ausgeworffen, so wird erstlich dem Erben, und des Verstorbnen Befreundten, und wann dise auch nichts auswerffen, jedes Orths Obrigkeit die Bennennung der Verehrung zugelassen wird, zu einer Gleichnuß der Vormunder und Gerhaben, deren Amt, obwohlen es offentlich und nothwendig ist, und dem gemeinen Recht nach umsonst verricht werden muß, doch nach unsern Land-Rechten Tit. 5. Art. 14. der Land-Recht nach Beschaffenheit der Mühe und Arbeit eine Recompensation zulaßt, also noch vilmehr verdient das Amt der Executorn eine Recompensation, gleich wie auch in dem Gand-Proceß denen Massæ curatoribus ihre Mühe und Arbeit bezahlt wird. 9.

Der

Der anderte Articul.

Wurde aber solch Geschäfft vor Gericht, und in Recht angefochten, und die Vollzieher des Geschäffts, denen doch zuvor, wie gemeldet, die Einantwortung beschehen soll, darumen erfordert, und beklagt, so sollen die Partheyn solchen Span; in der Güte, oder in Recht austragen, doch unverhaßt der verlassenen wissentlichen Schulden, und Seel-Geräths, die dann zu voran, und nichts minders sollen ausgericht, entzwischen aber, und biß zu Austrag der Sachen, mit übriger Ausrichtung und Vollziehung, unvergreifflicher Stillstand gehalten werden, doch wofern der Stritt nicht in der Güte, oder sonsten fridlich möchte erörtert werden, und diejenige, welche zu Erben eingesetzt, oder sonsten, Krafft solchen letzten Willens, mit einem Geschäfft bedacht und begabt, genugsamm Bestand und Sicherheit thun wolten, wann das Testament, oder letzter Willen zu Unkräfften kömmen, sie alles, was man ihnen gegeben, mit allen Früchten, die sie davon gehabt, oder haben mögen, wider erstatten wöllen, soll man alsdann unerachtet unerörterten Stritts, auf solche geleiste Versicherung den letzten Willen vollziehen.

Summaria.

1. Wann das *Testament* angefochten wird, oder die *Executores* nichts desto minder unterdessen in die erbschafftliche Güther zu *immittiren* seyen?
2. Ob denen *Executorn* oblige, mit Willen des Erben einen Vergleich zu treffen?
3. Wann aber kein Vergleich getroffen worden, ob die *Executores* währenden Stritt die *liquid* Schulden, und Leicht-Cösten bezahlen können?
4. Ob sie auch die *Legatarios* und *Fidei-Commissario* nach gegebner sattsammen *Caution* befridigen können?

In vorgehendem Art. ist schon mit mehrerem gesagt worden, welcher gestalten denen Executorn die Erbschafftliche Güther ohne Verweilung behändiget werden müssen, wann das Testament keinen sichtbarn Mangel hat, und niemand verhanden ist, der in der Erbschafftlichen Sachen rechtmässigen vor dem Todt des Testirers erhaltnen Possession stehet. Jetzt diser zweite Art. handlet von dem anderen Fall, wann das Testament bestritten wird, wo nachfolgende Reglen geordnet werden.

1\. Erstlich daß zwar solchem Stritt der Lauff zu lassen seye, doch also, wann zuvor die Testaments Executores Krafft des Text in L. fin. Cod. de edict. D. Adriani toll. in die Erbschafftliche Güther eingesetzt worden, aus Ursach, weil niemand sein Recht, oder der Weeg Rechtens benommen werden kan. Der vorige Art. also ist allein zu verstehen vom Judicio possessorio, diser aber vom Petitorio, es muß also zuvor das Possessorium durch die Immission der Executorn in die Erbschafftliche Güther geendet worden seyn, und hernach erst über die Gültigkeit, oder Ungültigkeit des Testaments der Stritt angefangen werden.

Doch also 2. daß vor allem denen Executorn obligt, mit Vorwissen und Bewilligung des Erbens einen gütlichen Vergleich zu treffen, daß, wann möglich ist, die Process entgangen werden, welche wegen denen Testamenten meistens lange Zeit dauren, und entzwischen der Willen des Testirers leidet.

Weilen aber 3. niemand zum Vergleich genöthiget oder gezwungen werden kan, wie wir bey dem 1. Art. 1. Tit. des Summarischen Process gesagt haben, so befihlt unser Art.

Das 4. währenden Stritt die Executores nichtsdesto weniger zur Bezahlung der Leicht-Kösten und der liquiden Schulden schreitten müssen. Aus Ursach, weil keine Erbschafft seyn kan, wann nicht zuvor die Schulden bezahlt seyn, unter welchen auch die privilegirte Leicht-Kösten begriffen seynd, aus welchem folgt, daß die Bestreittung des Testaments allein die Person des Erben, der Legatarien, und anderer, so etwas Krafft des Testaments bekommen, betreffe, welche ja antworten müssen, biß der Process über Gültigkeit des Testa-

Testaments oder anderen letzten Willens seine Endtschafft erreicht.

4. Die haupt Verordnung aber 5. dises Art. ist, daß, wann der Erb, oder die Legatarii und Fidei-Commissarii, welchen im Testament, oder letzten Willen des Verstorbenen etwas vermacht worden, eine Caution geben wollen, daß sie in dem Fall, da das Testament oder der letzte Will soll umgestossen werden, all jenes, was sie empfangen haben, mit allen Früchten, die sie davon gehabt, oder haben mögen, zuruck stellen wollen, daß die Executores ohneracht des obwaltenden Procesß weiters fürfahren, und jedem nach Innhalt des Testaments, oder letzten Willen Satisfaction geben können.

Es muß aber 6. eine sattsame und vergnügliche Caution gegeben werden, Krafft der Wort des Art. genugsammen Bestand, und Sicherheit thun wolten, unter welchen Worten ja eine bürgschafftliche oder pfandtliche Caution erfordert wird, weil in der mündlichen und eydlichen Caution selten, wie wir oben schon gesagt haben, eine Sicherheit ist. Ist selten ein Bestand und Sicherheit.

Was ist aber Rechtens, wann 7. ein oder anderer aus denen Legatoriis oder Fidei-Commissariis sattsame Caution geben können, die übrige aber nicht? Und wir vermeynen, daß wegen deren Armen und Unvermögenden der übrigen ihr Sach nicht schlimmer machen sollen, sonder die Executores können ihnen, die sattsame Caution geben, Satisfaction leisten, die übrige aber biß zum Ausgang des Procesß zur Gedult verweisen.

Der dritte Articul.

Wo sich auch erfunde, daß Geistliche oder andere verordnete Geschäfft nicht spennig erfunden, oder sich auf Erkantnuß des Rechtens dermassen hielten, daß die billich sollen ausgericht werden, dieselben sollen auch unverzogentlich mit gebührlicher Vollziehung ausgericht werden, fürnemlich also, wo der Geschäfftiger nicht um Gottes willen, oder zu Heyl seiner Seel ad pias causas insonderheit hätte verschafft, von beweglichen, und unbeweglichen unstrittigen Gütthern, und die in Zeit, als der Verschaffer gestorben, in desselben Gewalt gewesen, und zu der Erben, Vormunder oder Geschäfftiger Händen kommen wären, die sollen die Geschäfftiger in zwey Monathen, nach Aufrichtung des Inventarii ohne alles Widersprechen, ausrichten. Aber die strittige Legata und Verordnung sollen, wie gehört, biß zu endlichen Ausstrag ruhen, es wäre dann darum, wie vor gemeldet, genugsamme Versicherung beschehen.

Summaria.

1. Jene *Legata* können *exequirt* werden, welche *liquid* und unstrittig seynd, und müssen allzeit bezahlt werden, es mag für oder wider das *Testament* gesprochen werden.
2. Ob die *Legata* zu milden Wercken, und zum Seelen Heyl inner 2. Monath vom Tag des errichten *Inventarii* müssen abgeführt werden?
3. Was Rechtens, wann die *legirte* Sach vor dem Todt des *Testirers* unstrittig gewesen, nach dem Todt aber strittig wird, ob der Stritt die *Execution* verhindere?

In dem 2. Art. haben wir vorgemerckt, daß, wann das Testament, oder der letzte Will des Testirers bestritten wird, die Testaments Executores mit Vollziehung der Legaten und Fidei-Commissen in so lang innhalten müssen, biß über die Gült- oder Ungültigkeit des Testaments gesprochen wird, absonderlich, wann weder der Erb selbst, noch die Particular Legatorii oder Fidei-Commissarii auf den Fall des Verlursts genugsamme Caution geben können, oder wollen, welches doch unser Art. in 3. Fällen limitirt.

Der erste Fall ist, daß nach entstandenen Stritt über die Gültigkeit des Testaments nichts destoweniger jene Legata, so zu milden Wercken gewidmet, oder Weltlich seynd, exequirt werden können, welche liquid und unstrittig seynd, das ist, 1.

welche

welche allzeit bezahlt werden müssen, es mag für oder wider die Giltigkeit des Testamets gesprochen werden, zum Exempel, das Testamet wird wegen Umgehung oder ungerechter Enterbung der Kinder Krafft des 1. Art. 35. Tit. der Land-Recht angefochten, in disem Casu ist der Handel hauptsächlich unter denen Umgangenen, oder ungerecht enterbten Kinderen, und unter dem im Testament eingesetzten Erben. Es kan also dise Erbschafft durch die Execution dem eingesetzten Testamentlichen Erben nicht eingeraumt werden, ehe wegen der Enterbung oder Umgehung gesprochen wird, und also wird gantz recht die Execution, was den Erben betrifft, verschoben. Weilen aber die Legata und Fidei-Commissa nichtsdestominder giltig seynd, wann schon über die Ungiltigkeit des Testaments, was die Einsetzung des Erbens betrifft, gesprochen wird, so ligt denen Executorn ob, daß sie mit der Execution derselben, ohnerachtet des obschwebenden Stritts, fürfahren, und denen Legatariis und Fidei-Commissariis Satisfaction geben müssen. Wir reden hier von einer widerrechtlichen Enterbung nach Innhalt bemelten 1. Art. 35. Tit. Wann nemlich der Sohn enterbt worden, zwar wegen eine rechtmässigen aber nicht erwisnen Ursach. Ein anders ist, wann das Testament bestritten wird aus einer anderen Ursach, welche das gantze Testament, auch so vil die particular Legata und Fidei-Commissa betrifft, zernichtet. Zum Exempel, weil nur 2. oder 3. Zeugen gebraucht worden, oder andere Nullitæten begangen worden, dann solchen falls müssen die Executores des Testaments währenden Process mit der Execution inhalten, absonderlich, wann die Legatorii oder Fidei-Commissarii kein sattsamme Caution geben können, noch wollen, unterdessen, weilen die Legata zu milden Wercken, so von wenigern Zeugen vermacht worden, gelten, wie wir oben ausgelegt haben, so ist an sich selbsten klar, daß solche Legata ohnerachtet des über die Nullitæt des Testaments obschwebenden Process, exequirt werden können, weil die Freyheit der milden Wercken macht, daß solche Legata von dem obwaltenden Process frey seynd; Und dises ist, was unser Art. von denen Legatis sagt, die nicht spennig erschinen, das ist welche nicht strittig seynd, die sich auf Erkanntnuß des Rechtens dermassen hielten, daß die billich solten ausgericht werden. Daß ist, welche nach Verordnung des Rechts also beschaffen seynd, daß an derselben Vollstreckung nichts ausgesetzt werden kan, dergleichen seynd, die Legata, welche in Testamenten enthalten seynd, die allein wegen der Erbsatzung bestritten worden, und die zu milden Wercken gemachte Legata, welche in Testamenten enthalten, die einen Mangel an Zeugen haben, weil ein kundtbare Sach ist, daß bey denen zu milden Wercken gemachten Legaten die Zahl der Zeugen eingeschränckt worden.

Unser Art. aber 2. macht die Execution der zu milden Wercken gemachten, oder zum Seelen-Heyl gewidmeten Legaten noch freyer, daß nemlich selbe ohne Wider-Red inner 2. Monath vom Tag des errichten Inventarii nicht allein abgeführt werden können, sonder müssen, wann nur dise 3. Stuck einschlagen 1. daß jene Güther, sie mögen beweglich oder unbeweglich seyn, welche der Testirer zur Seelen Heyl verordnet hat, zur Zeit des Todts in des Testirers Handen und Gewalt gewesen, und zwar 2. unstrittig, und 3. nach des Testirers Todt Krafft des 1. Art. dises Tit. denen Executorn worden seyen, was den ersten Puncten betrifft, ist die Ursach schon oben gegeben worden, daß, wann nach dem Todt des Testirers einanderer Besitzer gefunden wird, diser præsumirt werde, daß er mit Recht der Besitzer seye, und also seines Besitzes nicht beraubt werden könne, biß darüber rechtmässig gesprochen wird; Eben dises ist von dem anderen Puncten zu sagen, dann, wann die zur Seelen-Heyl gewidmete Güther schon vor des Testirers Todt strittig gewesen, so ist an sich selbsten klar, daß sie in jenem Stand verbleiben müssen, biß sich der Stritt endet, und der Spruch darüber erfolgt; Ein gleiches ist zu halten von dem 3. Puncten, dann welcher Gestalten sollen die Testaments Executores jenes exequiren können, was in ihre Händ niemahlen gekommen ist? Villeicht, weilen solch strittige Sach in Sequæstro gelegen, oder weil ein andere Ursach gewesen, wegen welcher die Sach in die Händ der Executorn nicht hat kommen können, wann nur denen Executorn keine Nachlässigkeit kan zugemuthet werden, wovon wir bey dem 7. Art. handlen werden. 2.

Aus disem aber, daß unser Art. zur Execution der zum Seelen-Heyl gewidmeten Legaten erfordert, daß sie vor dem Todt des Testirers unstrittig gewesen, halten wir unsers Erachtens nicht übel darfür, daß der erst nach dem Todt des Testirers entstandene Stritt die Execution nicht verhindern könne, absonderlich, wann solche Güther zur Zeit des Todts noch in Handen des Testirers gewesen, weilen vorgemelter massen Krafft des 3.

Text in L. fin. Cod. de edict. D. Hadri toll. zur Immission allein dises erfordert wird, daß die Sach zur Zeit des Testirers Todt nicht im Besitz eines anderen gewesen seye; Gleichwie nun die nachfolgende Possession præsumirt wird ungerecht zu seyn, also auch wird præsumirt, daß der nach des Testirers Todt entstehende Stritt über molrigen Mund (wovon wir anderstwo reden werden) ungerecht, und zudeme nicht genug seye, daß sie die Immission der Testaments Executorn, und folglich die Execution dergleichen frommen Legats, wo doch dem Kläger unter dessen sein Recht in solvo verbleibt, verhindern könne, dann das Testament, so weder zerrissen, ausgetrotzt, weder abgethan oder cancellirt worden, noch sonsten einen sichtbaren Fehler hat, leydet keinen Widersprecher, sonder ziehet die schleinige Execution nach sich. Menoch. de adipisc. possessss. remed. 4. n. 693. coller. de processs. execut. part. 3. cap. 2. n. 27. Einige doch machen dißfalls einen Unterschied unter dem Widersprecher, dessen Bestreittung keine grosse sonder leichte Untersuchung braucht, und unter jenen Bestreittung, welche längern Processs erfordert. In dem ersten Fall vermeynen sie, der Widersprecher seye anzuhören, absonderlich, wann der Processs ohne Weitläuffigkeit kan geendet werden, in dem anderen Fall aber seye die Execution auf keine Weiß zu verschieben, sonder jedem sein Recht bey der Execution, so ohne Verweilung für zunemmen ist, vorzubehalten, Krafft des Text in L. fin. Cod. de edict. de Hadri toll. Es scheint, daß unser Art. dise letzter Meynung begnehmige in den Worten, da sollen die Geschäfftiger solche in zwey Monathen nach Aufrichtung des Inventarii ohn alles Widersprechen, ausrichten. Unterdessen doch zweifflen wir nicht, daß, wann einer inner disen zwey Monathen seinen Widerspruch und Bestreittung also rechtfertigen kan, daß solcher gerecht und billich anscheint, nicht solcher anzuhören seye, weil das Liquidum, und was also gleich liquidirt werden kan, für eins gehalten wird, wir wollen doch nicht, daß dessen Untersuchung unserm summarischen Processs unterworffen werde, welcher auf verderbte Weiß meistens vor 10. Jahren nicht geendiget wird.

Der vierte Articul.

Wo aber der Verschaffer in seinem letzten Willen, Geld, Kleinod, oder anders verschafft, und verordnet hätt, daß er in seinem Absterben nicht hätt verlassen, alsdann sollen die Geschäfftiger, nach der vorbemelten Zeit, des aufgerichten Inventarii, des Abgestorbenen verlassene Güther, so vil hierzu vonnöthen, nemlich die beweglichen in 2. Monathen, zu dem nutzlichisten hingeben und verkauffen, und von der Kauff Summa, die Legata und verschafft Haab, ohne Verzug ausrichten.

Summaria.

1. Was die *Executores* zu thun haben, wann der *Testirer* eine fremde Sach einem vermacht hat?
2. Ob sie so vil verkauffen müssen von des *Testirers* Güthern, so vil der Werth des *Legaten* ausmacht?
3. In was Zeit die bewegliche und unbewegliche Güther verkaufft werden müssen?
4. Ob diser Verkauff Obrigkeitlich seyn müsse?

1. Die Frag unsers Art. ist dise, was die Testaments Executores zu thun haben, wann der Testirer etwas vermacht hat, was in der Erbschafft nicht gefunden wird? Oder wann er ein fremde Sach legirt hat, zum Exempel, ein Kleinot von 12. Diemanten von diser oder jener Grösse, welches der Testirer villeicht niemahlen gehabt hat, oder, wann er es gehabt, solches lang zuwider veräussert hat, oder das beste Pferdt aus dem Chur-Fürstl. Gestiet, welches doch nicht fail ist, oder fail gemacht werden kan? Und es antwortet der Art. daß denen Executorn oblige, daß sie von des Testirers beweg- und unbeweglichen Güthern so vil verkauffen sollen, als vil zu Erkauffung des Legaten nöthig ist; Aus Ursach, weil eben dises, wo keine Testaments Executores bestellt worden, denen

nen Erben obligt, also auch ligt dises denen Testaments Executorn ob, weilen aber die Testaments Execution kurtz und summarisch seyn muß, so befihlt unser
3. Art. daß die bewegliche Güther inner 4. Monathen, und die unbewegliche inner 8. Monathen auf all beste Weiß verkaufft werden sollen, wie es immer geschehen kan, und aus den erlösten Werth solche Legata abgeführt müssen werden. Wir zweifflen zwar nicht, daß solcher Verkauff von denen Executorn geschehen könne ohne offentlicher Gerichtlicher Gantung, weil der Art. hiervon nichts sagt, und von dem Testirer die Treu der Executorn approbirt worden, daß zu glauben ist, sie werden jenes thun, was das Testaments Execution, dem
4. Willen des Testirers, dem Nutzen des Erben am meisten dienet 1. nichts destoweniger doch thun sie unsers Erachtens gantz recht, wann sie bey Verkauffung der erbschafftlichen Güther um all widrigen Verdacht zu begegnen sich der gantlichen Verkauffung bedienen. Wann man sagt, daß der gerichtliche Proceß längern Verschub nach sich ziehe, so antworten wir, weil die denen Executorn vorgeschribne Termin, nemlich bey beweglichen Sachen 4. Monath, und bey unbeweglichen 8. Monath lang genug seyn, so komme uns vor, daß die Verkauffung auf der Gant eben so geschwind geschehen könne, weil nicht die gantze Erbschafft sonder nur einige Sachen davon denen Meistbiettenden verkaufft werden, obwohlen wir niemahlen gesehen haben, daß die Executores dises Gantungs-Mittel ergriffen haben, um die Ehr des Testirers zu erhalten, weil allzeit die Vergantungen eine Manckel nach sich ziehen.

Der fünffte Articul.

Wo aber der Verschaffer in seinem letzten Willen verordnet hätte, von seinen Gütheren zu bauen sollen die Geschäfftiger, nach Gelegenheit der Gebäu, solche anfahen, und vollbringen, und hierin wider der Erben Willen kein Ubermaaß brauchen, sonder des Erblassers Willen ungefährlich und threulich nach gehen.

Summarium.

1. Wie die *Executores* sich verhalten müssen, wann vom *Testirer* ihnen etwas zu bauen befohlen worden?

1. Auf die weitere Frag, wie die Testaments Executores sich verhalten müssen, wann ihnen vom Testirer ein Gebäu zu führen auferladen worden? Diser Art. antwortet kürtzlich, daß das Gebäu nicht zu kostbar seyn soll, das Mittel zu treffen wird das beste seyn. Wann im Testament eine gewisse Form und Arth vorgeschrieben worden, so hat es keinen Zweiffel, daß des Testirers Willen müsse erfüllet werden, und weilen der Executorn Treu durch den Testirer mehrer als des Erbens approbirt ist, so können sie der Billichkeit nach fortfahren, wie sie vermeynen, daß mehrers des Testirers Willen erfüllt werde, doch ist des Erbens Willen nicht zu umgehen, weil hauptsächlich um das Seinige zu thun ist, wann sie doch untereinander uneinig seyn, so ist mehrers auf der Executorn Willen zu gehen, als auf des Erbens, weil meistens die alte Erblasser durch dergleichen Gebäu ein Glory und Andencken suchen, die ihnen zu gönnen ist, wo hingegen die Erben mehrers nach Geld, und nutzliche Güther als auf ein Stein-Hauffen trachten, seynd lieber Geld als Stein-reich.

Der sechste Articul.

Und nach Verscheinung vorgesetzter Zeit, sollen die Vollzieher des Geschäffts sich bey den Erben, in einem Monath nächst darnach anerbietten, ihrer Handlung halben Rechnung zu thun, und alsdann auf den Tag und Zeit, so deßhalben ernennt würdet, lauter und volle

vollkommene Unterrichtung, Rechnung und Anzeigen thun, wie sich nach Gelegenheit einer jeden Handlung gebührt, es wäre dann, daß die Geschäfftiger durch redlich zugefallen Ehehafft, oder Ursach verhindert wurden, derhalben sie das Geschäfft, und letzten Willen zum Theil, in vorgesetzter Zeit, nicht hätten ausrichten mögen. So sollen sie dannoch vor Ausgang angezeigter Zeit schuldig seyn, sich bey den Erben, oder derselben Vormunder anzubietten, und die Ehehafft und Ursachen, welche sie an der Vollziehung verhindert hat, anzuzeigen, und alsdann soll in der Erben, und ihrer Vormunder Macht stehen, nach Gestalt der Sachen gebührlich darein zu sehen, und die Zeit zu Vollziehung und Ausrichtung solches Geschäffts, und letzten Willens, mit Rath und Wissen der Obrigkeit zu erstrecken.

Summaria.

1. Ob die *Testaments Executores* nach geendigten der *Execution* vorgeschribnen *termin* dem Erben die Rechnung inner einen Monath ablegen müssen?

2. Ob der *termin* zu Mach- und Ablegung der Rechnung vom Erben oder denen Vormunder mit Vorwissen und Rath der Obrigkeit verlängert werden könne?

1. Nachdem die Testaments Execution vollzogen worden, in der Zeit, wie solche vorbemelter massen geschehen soll, so ligt denen Executorn ob, daß sie über ihre Execution und Administration die Rechnung ablegen, und dise 1. müssen inner einem Monath, so vom geendeten Tag, der Execution vorgeschrieben ist, an zurechnen ist. Wann man fragt, welcher jener Termin seye, von welchem der Art. redet, nach Verscheinung vorgesetzter Zeit? So muß man solchen nach Innhalt vorgehenden Art. anrechnen, welcher unterschiedliche Termin zu Machung des Inventarii ansetzt, ob nemlich der Erb abwesent oder gegenwärthig seye, ob die Güther inner oder ausser Land ligen, und dergleichen: Dann, weilen auch die Executores selbsten auch nicht minder ein Inventarium machen müssen, als wie die Erben, ja vil mehr, weil die Erben durch Unterlassung des Inventarii ihnen, die Executores aber denen Erben nicht præjudiciren können, so folget, daß die Executores weit mehr die Termin des Inventarii zu machen beobachten müssen, wann sie nicht hörn wollen, daß sie ihrem Amt kein Genügen gethan. Es muß also ein jeder die Vorbemelte in dem vorgehenden Art. zu Ausrichtung des Inventarii vorgeschriebne Termin anrechnen, und die Termin beysetzen, welche in disem Titul zur Execution zugelassen worden, und alsdann wissen, daß ihme noch ein Monath übrig seye, inner welchem er nach vollbrachter Execution die Rechnung mamen, und solche abzulegen sich gefaßt halten muß. Es geziemt sich aber 2. daß dem Erben die Rechnungen abgelegt werden, aus Ursach, weil ihme allein daran gelegen ist, weilen ja jenes, was nach verrichter Execution von der Erbschafft übrig ist, dem Erben verbleibt. Setze in Krafft der letzten Worten dises Art. bey, oder, wann der Erb ein Pupill oder Minderjähriger ist, seinen Vormundern, und Vorsorgern. Welchen 3 das ist, dem Erben, oder dessen Vormunder oder Gerhaben zugelassen wird, daß sie zu Ablegung der Rechnungen einen gewissen Tag ansetzen, oder 4. in dem Fall, da die Executores eine ehehäffte Ursach zu Erhaltung weitern Termins haben, den Termin verlängeren können: Dann wann der Erb, oder dessen Vormunder oder Gerhaben, wie 5. unser Art. klar sagt, den Termin zu Abfassung der Rechnungen verlängeren können, warummen sollen sie nicht auch den Termin zu Ablegung der Rechnung verlängeren können 6. ligt dem Erben selbsten, oder dessen Vormunderen oder Gerhaben ob, eine zulängliche Termins Verlängerung zugestatten, wann nur 7. die Ansuchung um sothane Verlängerung vor würcklich verloffnen vorigen Termin mit Allegis- und Probirung der rechtmässigen Hindernuß geschehen ist. 2.
Welch allen den rechten und der gesunden Vernunfft gemäß zu seyn wir vermeynen. Warummen aber letztlich der Rath und Vorwissen der ordentlichen Obrigkeit erfordert werde? Das begreiffen wir nicht genug, dann obschon die Verfassung des Inventarii ein gerichtlicher Act ist, so ist doch die würckliche Rechnungs Ablegung, welche denen Executorn obligt, fürwahr ein privat Sach, daß, wann der Erb mit denen Executorn zufrieden ist, nicht anscheint, was die Obrigkeit dabey zu thun

thun habe. Und dahero gebraucht unser Art. ungewohnliche Wort, daß die Zeit der Rechnuns Ablegung vom Erben, oder dessen Vormundern und Gerhaben mit Rath und Vorwissen der Obrigkeit verlängern müsse, als wolte er gleichsam sagen, daß dises zwar nicht nothwendig, weil niemand an des anderen Rath gebunden, wohl aber nutzlich seye weilen jenes von grösserer Authorität ist, was mit Authorität der Obrigkeit verhandlet wird, absonderlich, weilen die Baurn und gemeine Leuth mit denen Weibern in einer Stund wenigist 4mahlen ihre Meynungen anderen, und, was jetzt gefällig ist, gleich hernach wider ablaugnen, es wird also niemand dise letztere Clausul auf Burgers und gescheidere Leuth erstrecken, oder die ohne Obrigkeitlichen Rath und Vorwissen beschehne Approbation der Rechnungen verwerffen.

Der siebende Articul.

Und welcher Geschäfftiger ohne Verhinderung der Ehehafft, darin, als oben ist gesetzt, saumig und ungehorsam seyn wird, der oder dieselben sollen dem Gericht, da der Saumsal in Legaten ad pias causas wäre, um zwar so vil, als ihnen in solchem letzten Willen verordnet ist, in Weltlichen aber dasjenige, so vil ihn verordnet, zu Buß verfallen seyn, oder da ihnen nichts wäre verordnet, dannoch nach Beschaffenheit ihres Unfleiß gestrafft, und mögen darzu ihres Amts entsetzt werden, auch darauf schuldig seyn, ohne alle Rechtfertigung der unausgerichten verschafften Güther abzutretten, und den Erben und Vormundern, oder weme es von der Obrigkeit befohlen wirdet, zu zustellen, damit solch unausgericht Geschäfft, ferner nach Willen des Verschaffers werd vollzogen. Da sie auch jemand hätten vorsätzlich, oder durch grossen Unfleiß in Schaden gebracht, sollen sie denselben erstatten, wie recht ist.

Nicht weniger wo sich auch in- oder ausserhalb der Rechnung erfinden wurde, daß sich jemand in solchem Befelch, und Vollziehung gefährlich gehalten hätt, der, oder dieselben sollen zusamt vorgesetzter Pön, in des Lands-Fürsten Ungnad, und Straff gefallen seyn.

Summaria.

1. In was für eine Straff verfallen die *Executores*, welche ihr Amt bey *Execution* der Weltlichen und der *Legaten* zu milden Wercken nicht recht versehen?
2. Wann der Richter findet, daß die *Executores* in ihrem Amt nachlessig seyn, ob er solche absetzen, und andere bestelle könne?
3. Wann sie aber als gefährlich und untreu erfunden werden, wie sie zu bestraffen seyen?
4. Wem gehört die Straff, oder jenes, was denen *Executorn* wegen ihrer Nachlässigkeit und Verschulden abgenommen wird?
5. Wann aus böser *Administration* der *Executorn* dem Erben, oder denen *Legatarien* ein Schaden zugefügt wird, was sie für eine *Action* haben?
6. Ob die *Testaments Executores ex culpa levi & levissima* gehalten seyen?

1\. Bißhero haben wir gehört, in wem das Amt der Testaments Executorn bestehe, jetzt verordnet der gegenwärtige Art. in was für eine Straff die Executores verfallen, die ihrem Amt kein Genügen thun, und setzt disen Unterschied, ob sie ihrem Amt kein Genügen gethan bey Execution der Legatorum ad pias causas zu milden Wercken, oder bey Execution der Weltlichen Legaten? In dem ersten Fall ist der nachlessige und ungehorsamme Executor gehalten um doppelt so vil, was er zum Recompens der Execution vom Testirer empfangen hat; In dem anderen Fall, verliehrt allein sein Recompens. Dann meistens, wann einer einem guten Freund, oder mehrern die Execution seines letzten Willens anvertraut, disem oder denenselben vermacht er zur Erkanntlichkeit der übernommenen Mühe und Treu ein gewisses Legat. Wann man nun setzt, daß zwey Executores bestellt, und jedem 150. fl. zum Recompens vermacht worden, beyde aber

bey Execution eines Legati zu milden Sachen nachlässig gewesen seyen, dise beyde verliehren ihr Legat, und muß jeder noch so vil zur Straff bezahlen. Wann aber sie nachlässig gewesen bey Execution eines Weltlichen Legats, so verliehren sie allein jenes, was ihnen in Ansehung der Execution vermacht worden. Die Ursach dises Unterschieds ist, weilen jener, der nachlässig ist in einer Sach, welche die Ehr GOttes, oder des Verstorbnen Seelen-Heyl betrifft, ja schwerer sich versündiget, als jener, welcher nachlessig ist bey Execution eines Weltlichen Privat-Legati. Wird also der erstere in die Zweygilt, oder zwey Spill, der andere aber nur um das einfache Legat gestrafft. Weil er nicht würdig ist, daß er ein Recompens wegen schlechter Versehung seines Amts erlangen soll.

2. Was ist aber Rechtens, wann denen Executorn vom Testirer nichts vermacht worden, alsdann antwortet der Art. daß nichtsdesto weniger nach Beschaffenheit des Verschuldens und Nachlässigkeit solche bestrafft werden müssen, welches ausser Zweiffel der Richterlichen Ermässigung anheim gestellt wird, in beyden Fall aber, die Executores mögen für ihre Mühe etwas bekommen haben, oder nicht, stehet der Obrigkeit frey, die Executores nach Beschaffenheit der Umstand, und Schwehre der Nachlässigkeit vom ihrem Amt abzusetzen, und andere aufzustellen, oder das Executions-Geschäfft dem Erben selbsten, oder wann der Erb ein Pupill oder Minderjähriger ist, denen Vormundern oder Gerhaben aufzutragen, in welchem Fall die von ihrem Amt abgesetzte Executores verbunden seynd ohne Widerred, und rechtlichen Procefs die Erbschafftliche Sachen herzugeben, und in die Händ des Erben, der Vormunder und Gerhaben, oder der neu aufgestellten Executorum auszulifern, damit die Execution nach des Testirers Willen noch vollzogen werden könne.

3. Wann aber gefunden worden, daß dergleichen Testaments Executores in ihrem Amt nichtallein nachlässig, sonder auch gefährlich und untreu verhalten, so verfallen sie in die Ungnad des Lands-Fürsten, und schwehrere Straffen nach Beschaffenheit der Untreu und des Betrugs, welche auch offentlich zu verfügen seynd, und also seynd die Wort des Art. zu verstehen: Seynd in des Fürsten Ungnad gefallen. Weil hauptsächlich dem Fürsten obligt, offentiche Laster zu bestraffen, als sagte gleichsam der Art. daß dergleichen Executores wegen ihrer Nachlässigkeit Burgerlich, das ist, mit Verlurst, oder Verdopplung dessen, was sie aus dem Testament für ihr Amt bekommen haben, wegen der begangnen um Treu und Betrug aber criminaliter müssen bestrafft werden.

Bey disen Art. seynd noch zwey Puncten zu untersuchen; der erster ist, wem jenes zugehöre, was denen Testaments Executorn wegen ihrer Nachlässigkeit entnommen wird? Die Ursach zu zweifflen ist dise, weil jenes eigentlich eine Straff, sonder ein Verlurst eines Rechts zu seyn anscheinet, dessen die Executores entweders nicht würdig, oder unfähig seynd wegen ihres übel versehnen Amts. Obwohlen nun die Zweygilt eigentlich eine Straff ist, welche der Obrigkeit zu erkannt werden mag, so scheint doch, daß das denen Executorn vermachte Legat, wegen übel vertrettner Execution von selbsten zerfalle, und folglich dem Erben zuwachse, oder, wann man diß pro crimine indigni haltet, dem Fisco zufalle: Unser Art. aber thut so wohl dise simple oder dopplete Straff der ordentlichen Obrigkeit zu sprechen: Soll dem Gericht verfallen seyn zur Buß. Villeicht deßwegen, weilen in Ermanglung der Execution dem Richterlichen Amt eine neue Bürde zukommt; Ist also billich, daß demselben zum Recompens jenes zugeignet werde, dessen sich die vom Testirer bestelte Executores mehrens unfähig als unwürdig gemacht haben. 4.

Der andere Puncten ist, daß, wann wegen übler Administration der Executorn entweders dem Erben, oder denen Particular-Legatariis und Fidei-Commissariis ein Schaden zugefügt wird, ob auch ihnen solcher ersetzt werden müsse? Und unser Art. antwortet mit Ja; wann man fragt, mit was für einer Action die Executores zu belangen seyen? So vermeynen wir, es seye zu sagen Actione mandati, wann die Executores ihr Amt mit guten Willen des Erbens, der Legatariorum und Fidei-Commissariorum übernommen haben, oder Actione negatiorum gestorum ex quasi contractu, wann nemlich sie ihr Amt unwissend oder wider Willen des Erben, und der Legatarien angetretten haben (welches meistens geschieht, weil die Erben selten die wider ihr Ansehen strebende Bestellung der Executorn gern sehen) daß also in diser Materi mehrern theils die Actio negotiorum gestorum, als die Actio mandati Platz hat, durch solch beyde Action 5.

aber,

aber, wann die Executores ihrem Amt nicht genug thun, die Executores wie die Vormunder und Gerhaben, alle Satisfaction zu geben verbunden werden, und obschon ex actione mandati Regulmässig allein das Dolus, und lata culpa præstirt wird, so muß doch in actione negotiorum gestorum auch die Culpa levis præstirt werden.

6. Wie bey der Administration der Vormundschafft, ja auch die Culpa levissima, wann supponirt wird, daß einer verhanden gewesen, der die Execution fleissig wurde verricht haben. Lese, was die DD. schreiben über den Tit. Inst de oblig. ex quasi contract. d. igitur 1. per totum. Und deßwegen haben wir schon oben gesagt, daß, wann die Testaments Executores, einem minder privilegirten Glaubiger bezahlen, und kein sattsame Caution begehrt haben, eine Culpam, und zwar unsers Erachtens, wo nicht Latam wenigist levem begehen, und also schuldig seyen den Schaden zu ersetzen. Und Ant. faber ist im widrigen Casu, wo er vermeynt, daß dem zu erst kommenden minder privilegirten Glaubiger die Bezahlung geschehen müsse, vor dem spätter kommenden aber mehr privilegirten Glaubiger, gleicher Meynung, daß das daraus dem minder privilegirten Glaubiger erfolgte Schaden von denen Executorn zu ersetzen seye, mit welcher Meynung aber wir nicht einstimmen.

Der achte Articul.

Haette aber der Verschaffer in solchem letzten Willen, von wegen der Vollziehung, Rechnung, und anderer mehr Sachen halben, davon in disem Articul Meldung geschieht, sonder, oder anderer zimlich Maaß, Zeit, oder Ordnung gesetzt, dabey soll es bleiben, und nach seinem Willen gehalten werden. Wären aber keine Geschäfftiger verordnet, so soll den eingesetzten Erben, oder derselben Vormunder die Erbschafft folgen, oder auf jemands Widersprechen, die ein Antwortung denselben geschehen, auch folgents alles vollzogen werden, wie von den Geschäfftigern verordnet ist.

Summaria.

1. Was Rechtens, wann der *Testirer* wegen der *Execution*, Ablegung der Rechnungen, Maaß und Zeit ein anders verordnet hat, als was der Gesatz-Geber haben will, ob solches beobachtet werden müsse?
2. Was zu thun seye, wann der *Testirer* keine *Testaments Executores* bestellt hat?

1. Diser Art. begreifft in sich zwey ungeschickt zusammen gesetzte Puncten, der erste ist, welcher für eine allgemeine Exception dienet, das ist, daß, was bißhero gesagt worden, zu verstehen seye, wann nicht der Testirer in seinem letzten Willen wegen der Execution, Ablegung der Rechnungen, Maaß, und Zeit ein andere Verordnung gemacht hat, welches ja gantz gerecht ist, dann alles was in disem gantzen Titul enthalten ist allein zum Nutzen des Testirers also veranstaltet worden, damit sein letzter Will seine Würckung erreiche, wann also der Testirer gewolt hat, daß alles auf eine andere Weiß, und Zeit geschehen solle, als wie es der Gesatz-Geber erfordert, so ist ja solches zu beobachten, damit nicht, was zu Favor des Testirers eingeführt worden, zu desselben Haß gereiche. Vor allem nun muß der Innhalt des Testaments beobacht werden, und wann darinn nichts enthalten, muß man deme nachkommen, was das Gesatz mit sich bringt.

Die neue Verordnung dises Art. bestehet in deme, was zu thun seye, wann der Testirer in seinem Testament keine Testaments Executores bestellt hat? Und hierauf ist die Antwort, daß mann nichts-destoweniger nach Innhalt des L. fin. Cod. de edict. D. Hadri. toll. verfahren müsse, das ist, wann das Testament ohne sichtbahren Fehler ist, daß der Erb, oder dessen Vormunder und Gerhaben die Erbschafft in Besitz nemmen, oder wann ein Widersprecher verhanden, die immission begehrn können, wie in vorigen von denen Executorn gesagt worden Dann 2.

des

des Process halber ist dißfalls kein Unterschied, weilen, was die Erlangung der Possession betrifft, der Erb und dessen Vormunder und Gerhaben eben jenes beobachten müssen, was denen Executorn obliget.

Der neunte Articul.

Wo aber der Testirer jemand nicht zu Vollziehung seines gantzen letzten Willens, sonder allein wegen eines Legats, oder anderer sonderbarer Verordnung zum Geschäfftiger gesetzt, so hat derselb nicht Macht sich selbs solches Geschäffts und Vermächtnuß anzumassen, sonder soll es aus- und von der Hand des Erbens, oder der Geschäfftiger, denen die Ausrichtung des letzten Willens in gemein befohlen, begehrn und empfahen.

Summarium.

1. Ob ein *particular Testaments Executor* befugt seye, die Erbschafft eigenmächtig anzugehen, und sich in die *Possession* zu setzen, wie ein *universal Executor*?

1\. Wir haben bey dem 1. Art. dises Tituls gesagt, daß zweyerley Executores seyen. 1. Die Universales, das ist, welche vom Testirer einen allgemeinen Gewalt empfangen, alles, was in dem Testament verordnet worden, in das Werck zu setzen. Und 2. die Particulares, das ist, welche allein ein oder die andere sonderheitliche Vermächtnuß zu exequiren haben. Zum Exempel, wann der Testirer sagt, ich will, daß zu meiner Seelen Heyl wochentlich ein heilige Messe gehalten werden soll, und gib dises Geschäfft in das Werck zu setzen den Gewalt dem Titio, daß er mit denen Herrn P. P. Augustinern wegen diser Fundation Richtigkeit machen solle. Der Titius ist in disem Fall nur ein Particular Executor nemlich wegen der Stifftung der Heil. Meß. Obwohlen wir nun zu vor gesagt haben, daß die universal Executores befugt seyen, die Erbschafft eigenmächtig anzutretten, oder, wann die Possession nicht leer ist, Krafft des L. fin. Cod. de edict. D. Hadri. toll. solche zu begehrn, so stehet doch solcher Gewalt dem particular Executori nicht zu; Aus Ursach, weilen die universal Executores gleichsam die Persohn des Erbens vertretten, gleichwie aber der Erb den Besitz der vacant stehenden Erbschafft eigenmächtig nemmen kan, Barthol. & DD. in L. fin. Cod. de edict. D. Hadri toll. Menoch. de adipisc. possess. remed. 6. n. 4. also auch haben die universal Testaments Executores gleiches Recht, der particular Executor aber thut allein die Stell eines Legatarii oder Fidei-Commissarii vertretten, welchem etwas im Testament vermacht worden; Gleichwie nun die particular Legatarii und Fidei-Commissarii ihre Legata und Fidei-Commissa eigenmächtig nicht anfallen können, sonder aus den Händen des eingesetzten Erben empfangen muß, also auch muß der particular Executor von eigenmächtigen Anfall abstehen, und die seiner Treu anvertraute Sach entweders aus Handen des Erbens, oder, wann neben ihm auch universal Executores verordnet worden, aus derselben Handen die Aushändigung gewertigen. Baldus in L. id, quod pauperibus, quæst. 15. Cod. de Episcop. & Cleri. Menoch. de adipisc. possess. remed. 4. membr. 644. Wurmser. in pract. observ. tit. de testam. observ. 7. und mit diser Lehr thut unser Art. in allem einstimmen.

Der zehende Articul.

Wann der verordneten Geschäfftigern mehr als einer, so hat keiner Macht ohne den anderen, ohne sonderbaren Gewalt der andern, was zu handlen, es wäre dann, daß einer kranck, und dannoch zweyen übrig, oder einer aus ihnen ausser Lands, und sein Widerkunfft so bald nicht zu hoffen, oder sonsten sonderbare Verhinderungen zustünden, mögen

gen die übrige, oder da nur einer verhanden, derselb allein, mit Erlaubnuß der Obrigkeit, die Vollziehung des letzten Willens wohl fürnemmen. Seyn aber etliche unter den Executorn, oder Geschäfftigern, die sich ein Zeit lang der Execution, Ausrichtung, und Vollziehung eines Geschäffts entschlagen, und entäussert, und den andern Geschäfftigern, als wie sonderlich in Hand-Habung und Vollziehung gestiffter Stipendien, und dergleichen beschehen mag, die Verwaltung, zur Zeit, als ihnen die sonsten gebührt hätte, einig und allein gelassen hätten, soll alsdann solcher Geschäfftiger weiter kein Zutritt haben, sonder sich der Execution fürterhin enthalten.

Summaria.

1. Wann mehrere *Executores* seyn, ob einer ohne den anderen etwas thun kan, und was Rechtens, wann aus disen einer kranck, oder abwesend ist?
2. Wann ein oder der ander umgangen worden, ob er auch künfftig von der gemeinsammen *Administration* für ausgeschlossen zu halten seye?
3. Ob und was für eine Zeit erfordert werde, daß solche ins künfftig für ausgeschlossen gehalten werden können?

1. DEn Substantial-Innhalt und Weesenheit dises Art. haben wir schon bey dem 1. Art. §. Wann dann kürtzlich ausgelegt, also daß nur eine kurtze Widerhollung nöthig ist, zumahlen diser gantze Titul in der alten Reformation in einem Content begriffen, and in denen neuen Land-Rechten in gewisse Art. ausgetheilet worden ist, und zwar, wie wir schon gesagt haben, ungereimt genug. Es sagt nun unser Art. erstlich wann mehrere Executores seynd, daß einer ohne den anderen den Gewalt nicht habe, etwas zu thun oder auszurichten; Aus Ursach, weilen ihr Amt gemeinschäfftlich ist, welches auch bey denen Vormundern Platz hat. 2. Wann nicht einer aus mehrern kranck, oder ausser Land abwesend, und dessen Ankunfft ungewiß, und so bald nicht zu hoffen, oder sonsten rechtmässig verhindert ist, alsdann können die übrige Executores, wann mehrer seynd, oder, wann nur einer ist, mit Bewilligung der ordinari Obrigkeit die Execution verrichten. Mercke hier die Obscurität des Art. welche in dem vers. mögen die übrige. Unsers Erachtens also auszulegen ist, daß, wann zum Exempel 3. Executores bestellt worden, und einer abwesend ist, unsers Darfürhaltens die zwey gegenwärtige ohne Obrigkeitlichen Vorwissen mit einhelligen Willen die Testaments-Execution fürnemmen können; Aus Ursach, weilen Krafft dessen, was bey dem 1. Art. gesagt worden, auch mehrere Vormunder durch die mehrere Stimmen in der Administration rechtmässig fürfahren können. Wann also die Administration des mehrern theils giltig ist, wann schon einer ausdrucklich darwider ist, warum soll nicht auch die Administration gelten, wann einer kranck, verhindert, oder ausser Land abwesend ist? Es ist also der Vers. mögen die übrige unsers Erachtens nur disjunctivè zu verstehen, also daß die Obrigkeitliche Bewilligung nöthig ist, wann die Administration, da mehrere Executores bestellt, die übrigen abwesend oder verhindert seynd, einem all in obligt, alsdann muß die Obrigkeit erkennen, ob ihme allein das Amt der Execution anvertraut werden könne. Aus welchem erhellet, daß unsere Land-Recht über die Testaments-Execution so grosse Sorg tragen, wie über die Pupillen und Minder-jährige.

In disem Art. wird eine Entscheidung eines besondern Casus beygefügt, der sich sehr offt zutragt. Dann es geschieht offt, daß bey Executionen der letzten Willen sich Sachen ergeben, welche auf einmal nicht können vollbracht werden, zum Exempel einer hat in seinem Testament ein Stipendium vermacht, so allzeit einem aus des Testirers Famili, oder aus einer fremden Famili, oder aus disem, oder jenem Ort, Stadt oder Marckt zu geben ist, oder hat verschafft, daß jährlich denen Armen etwas ausgetheilt werden solle, und dergleichen, welche einen Umlauff der Zeit erforderen; Alsdann ja wäre erforderlich, daß alle Executores, wie sie vom Testirer gemeinschäfftlich bestellt worden, auch bey allen Fürfallenheiten mit gemeinsamen Rath, und Hülff die Execution fürnemmeten, wann jedoch einer oder der ander gestattet hat, umgangen zu werden, so wird er auch ins künfftige als von der gemeinsamen Administration ausgeschlossen zu

2. zu seyn erachtet. Zum Exempel der Testirer hat drey Executores zu jährlicher Austheilung eines Allmosens bestellet, zwey von denen Executorn, nachdeme sie zu Anfang für das erstemal dises Allmosen in rechten Stand gesetzt haben, lassen für das künfftige ihrem dritten Mit-Executorn dises Geschäfft zu vollziehen allein über, welcher die zu solchem Allmosen eingehende Mittel allein einnimmt, und unter die Arme austheilet. In disem Casu sagt unser Art. daß diejenige, welche einem aus denen Mit-Executorn die Administration überlassen haben, sich nachgehends nicht mehr eindringen können.

3. Wann man fragt, ob und was für eine Zeit erfordert werde, daß solche nachgehends für ausgeschlossen gehalten werden? Es könnte anscheinen, es seye zu sagen, daß der Art. sich nicht in dem Præscriptions-Recht fuesse, weil von keiner gewissen Zeit Meldung geschieht, sondern in dem Recht einer stillschweigenden Verzicht. Und dahero, weilen aus einem eintzigen Ausschliessungs- und Umgehungs-Act die stillschweigende Verzicht præsummirt werden kan, so werde die Widerhollung mehrer dergleichen Ausschliessungs-Act, und der Zeit Umlauff umsonsten erfordert. Wir aber antworten, weil unser Art. die Widerhollung der Umgeh- oder Ausschliessung erfordert, in den Worten, eine Zeit lang der Execution, Ausrichtung und Vollziehung eines Geschäffts sich entschlagen, und entäussert. Welche Wort mit sich bringen eine öfftere Widerhollung der Ausschliessung, so folgt eben darum, daß nur ein Ausschliessungs-Act nicht genug seye, und also sich dise Verordnung nicht in der præsumirten Verzicht gründe, wir thun auch keine Præscription von einer gewissen Zeit erforderen, weil nicht von Erlangung, sondern Verlurst eines Rechts gehandlet wird, worzu 10. Jahr genug seynd, wie die DD. von denen Privilegien schreiben, daß solche in 10. Jahren durch den nicht Gebrauch verlohren gehen. Gail. lib. 2. obser. 60. per totum.

Der eilffte Articul.

Wiewohl ein jeder verordneter Geschäfftiger, wann er sich der Vollziehung eines Geschäffts einmahl unterwunden, solche zu Endschafft zu bringen schuldig ist, so ist doch keiner verbunden, sich solcher Vollziehung Anfangs zu unternemmen, sondern er mag sich deren, gegen Verliehrung dessen, was ihme deshalben verordnet, entschlagen; Auf dem Fall aber gar kein Geschäfftiger sich der Vollziehung unterfangen wollt, solle alsdann jedes Orts ordentliche Obrigkeit solch Vollziehung, und Ausrichtung thun, wie recht ist.

Summaria.

1. Ob die *Executiones* der letzten Willen wider Willen aufgebürdet werden können?
2. Wie das *Edictum D. Hadriani* laute, und welcher Gestalten selbes in Abgang kommen?
3. Ob die *Particular-Executores* die *Possession* und *Immission ex decreto D. Hadriani* begehren können?
4. Ob dem vom Mund ausgesprochnen Erben zu Erhaltung der *Possession* eine andere *Action* zustehe, nemlich das *Interdictum quorum bonorum*, und warum?
5. Wann einer in einer gewissen Sach Erb eingesetzt worden, ob diser *ex edicto D. Adriani* die *Immission* begehren, und erlangen könne?
6. Ob der im *Testament Substituirte* dise Freyheit habe?
7. Was für ein Unterschied seye unter dem *Edict D. Adriani*, und unter dem *Interdict quorum bonorum*?
8. Wann das *Testament* wegen Umgehung, oder wegen unrechtmässiger Enterbung bestritten wird, ob der eingesetzte Erb nichts desto minder *ex edicto D. Adriani* in die *Possession* der Erbschafft gesetzt werden müsse?
9. Wann der geschriebne Erb, und der *ab intestato* kommende Erb zusammen kommen, wer dem anderen bey der *Immission* vorzuziehen seye?
10. Was Rechtens, wann der Erb, und der *Fidei-Commissarius* zusammen kommen, wem aus ihnen die *Possession* mitzutheilen seye?
11. Ob der in die *Possession* gesetzte Erb schuldig seye, nur jene Früchten zuruck zu stellen, welche er von der Zeit der Kriegs-Befestigung bekommen, oder hat bekommen können?
12. Ob der *Testaments-Executor* das einmal auf sich genommene Geschäfft vollstrecken müsse?

Obwohl

1. OBwohlen, wie wir in vorgehenden gehört haben, die Executiones der Testamentern, und anderer letzten Willen sehr favorabel seynd, also daß sie in mehreren denen Vormund- und Gerhabschafften gleich gehalten werden, so seynd sie doch in deme absonderlich unterschieden, weilen die Vormund- und Gerhabschafften, indeme sie unter jene Sachen gezehlt werden, welche Juris publici seynd, auch wider Willen aufgetragen werden, so können doch die Executiones der letzten Willen, weil sie nur Juris privati seynd, wider Willen nicht aufgebürdet werden, und also, wann einer vom Testirer zum Executorn bestellt, dises Amt nicht annimmt, so liget der ordentlichen Obrigkeit Krafft dises Art. ob, daß sie einen anderen bestelle, und wann sie keinen findet, der dises Amt freywillig übernimmt, so muß die Obrigkeit selbst aus Obrigkeitlicher Authorität die Execution versehen.

Man wird sagen, oben in dem 8. Articul wird verordnet, daß, wann gar keine Executores bestellt worden, die Execution des Testaments dem Erben zufalle, warumen also nicht auch dise dem Erben zufalle, wann die bestellte Executores solches Amt nicht übernemmen, weil in der That eins ist, als wann keine Executores wären bestellet worden? Wir antworten, daß der Testirer eben darum, wann er Testirer bestellet, darfür gehalten werde, daß er ein Mißtrauen in dem Erben habe; Es hat also unser Art. gantz recht verordnet, daß den Abgang der Executorn vilmehr die Obrigkeit als der Erb ersetzen solle. Uber dise Materi, um selbe besser zu verstehen, seynd noch einige Fragen übrig:

2. Die erste ist, in wem der Innhalt des Edicti D. Adriani bestehe, wovon wir so offt in disem Titul Meldung gethan haben? Mit wenigem erklärt die Sach Ant. Perez in tit. Cod. de hoc edict. D. Adrian toll. welcher sagt, von dem Kayser Augusto ist um das Ærarium zu vermehre das Julianische Gesatz de vigesima oder vigesimarum gemacht worden, wodurch nemlich der zwantzigiste Theil von jeder Erbschafft, jedem Legat, Fidei-Commiss, Schanckungen von Todts wegen, und anderen Vermächtnussen dem Fisco zu geben befohlen wurde. L. 3. in princ. hujus tit. Doch mit Ausnahm der rechtmässigen Erben, und mit dem Beysatz, daß das Testament alsogleich eröffnet werde, damit die Glaubiger, oder die Legatarii, oder dem Fisco, der den zwantzigisten Theil begehrt, nicht zu kurtz geschehe, oder sie lang verschoben werden, welch Julianisches Gesatz vom Kayser Adrian durch ein Edict widerholet worden, weil aber der Kayser Justinianus diß Gesatz nicht für gerecht haltete, welches mit vilen Umschweiffen, Beschwernussen, und Unbescheidenheiten angefüllt ware, befohlen hat, dises Edict gantz aufzuheben, und hat alles abgethan, was wegen demselben publicirt worden, daß also diser erste Theil des Edicti D. Adriani schon von uralten Zeit hero in Abgang gebracht worden, welches Gesatz doch vor wenig Jahren ein Gewissenhaffter Mann, der mit Kayserlichen Creditiv versehen ware, für den Türcken-Krieg wieder einführen wollen, unsers Erachtens zum frommen Exempel, welches doch der Sorg und Forcht unterworffen wäre, daß nicht etwann nach vollendten Türcken-Krieg alle dise Mittel nichts destoweniger in Handen des höchsten Fürsten verbleibeten, wegen welcher Ursach dises sonst löbliche Absehen zu nichts worden. Den anderen Theil dises Edicti D. Adriani als gantz gerecht und heilig hat Justinianus in dict. L. fin. Cod. de edict. D. Adriani toll. bestättiget, daß nemlich der eingesetzte Erb also gleich nach dem Todt des Testirers in die Possession aller Sachen gesetzt werden solle, welche der Testirer zur Zeit seines Todts gehabt, nachdeme er dem Richter das unversehrte, und perfecte, ohne Mangel solemne Testament vorgezeigt, welches der Uberschrifft, und allen äusserlichen Ansehen nach für giltig, ohndadelhafft gehalten wird, und welches offentlich verlesen worden, DD. ad dict. L. ult. Pöck de test. conjug. lib. 2. cap. 11. n. 5. Weilen nun die Testaments-Executores in die Stell des Erben eintretten, deßwegen thun unsere Land-Recht dise so schnell und expedirte Execution eben auch denen Executorn, wie denen Erben zulassen, es erhellet aber aus dises Gesatzes Beschaffenheit, daß es allein von dem im Testament eingesetzten Erben rede, und nicht vom rechtmässigen ab intestato kommenden Erben. Wann man also setzt, daß einer sein Vermögen denen Erben ab intestato frey hinterlassen habe, so wird disen Erben das Beneficium der so schnellen Immission nicht mitgetheilt, weil ihnen die parate Prob abgehet, welche dict. L. ult. durch Vorzeigung des solemnen Testaments erfordert.

Was ist aber Rechtens, wann 2. der Testirer seine ab intestato kommende Erben in seinem Codicill mit Legaten und Fidei-Commissen beladen, und Executores bestellet hat, obwohl dise das Beneficium L. ult. zu geniessen haben? Und wir antworten mit Nein, aus Ursach, weilen dise des Codicills-Executores nur Particular-Executores seynd, welche ob- 3.

bemeldter massen weder den Besitz der Erbschafft antretten, noch die Immission ex edicto D. Adriani begehren können, sondern müssen von denen Erben ab intestato die Außhändigung der ihrer Execution anvertrauten Sachen abwarten.

4. Eben dises 3. ist zu sagen von dem vom Mund außgesprochnen Erben, weil auch ihme die parate Prob ermanglet, welche Krafft des Edicti Adriani nothwendig ist; Es haben jedoch die Erben ab intestato, und die vom Mund außgesprochne Erben ein anderes Mittel um die villeicht nicht vacante Erbschafft in Besitz zu bekommen, nemlich das Interdictum quorum bonorum, Krafft dessen wenigist eine summarische Prob des Rechts nöthig ist, welches einer zur Erbschafft hat, welche der Erb nicht nöthig hat, welcher das ohndadelhaffte Testament fürweiset. L. 1. ff. quorum bonorum.

5. Was ist aber Rechtens, wann 4. einer nur in einer gewissen Sach als Erb eingesetzt worden, ob nicht diser in Krafft des L. fin. Cod. de edict. D. Adrian. tollendo die Immission erlangen könne? Und wir antworten mit Nein; aus Ursach, weilen der in einer gewissen Sach eingesetzte Erb für einen Legatario gehalten wird, denen Legatariern aber wird dises Beneficium nicht gestattet; Hernach thut der in einer gewissen Sach eingesetzte Erb die Persohn des Verstorbnen nicht vertretten, ist auch denen Glaubigern nicht verbunden, wie der Erb, dem der Kayser mit Erlangung schneller Possession hat zu Hülff kommen wollen, weil ihme die Bürde obligt, alle Actiones hæreditarias activas und passivas auf sich zu nemmen, und solche auszuführen. Perez ad dict. tit. Cod. de edict. D. Adriani toll. n. 4 Fach. lib. 4. controv. cap. 21.

6. Ob aber auch 5. der im Testament substituirte Erb dises Beneficium habe? Wird geantwortet, daß, wann der eingesetzte mit dem substituirten Erben concurrirt, er ja dem substituirten vorgezogen werde, weil er mehr Recht hat, wann aber sich mehrere Erben angeben, und die Possession haben wollen, so muß der Richter ihren Handel kürtzlich untersuchen, und wann er gefunden, wer bessers Recht hat, denselben in Besitz setzen. L. 1. Cod. eod. Wann aber zwey gleiches Recht haben, als setze, weilen jeder für sich ein Testament fürzeigt, und nicht bekannt ist, welches älter oder jünger seye, so sagt Perez, daß keiner zu immittiren seye, wann nicht villeicht einer aus ihnen schon in der quasi Possession der Erbschafft ist, dann solchen Falls hat diser besseres Recht, und ligt dem Richter ob, daß er disen in der Possession bestättige, und nichts neues anfangen lasse, biß von der Haupt-Sach das ist, um das Erb-Recht gehandlet wird. Einer anderen Meynung ist Gomez ad L. 45. tauri n. 147.

Zum 6. wird gefragt, warum dises Beneficium nöthig gewesen, weil vorbesagter massen dem eingesetzten Erben schon zuvor zu Erwerbung der Possession das Interdictum quorum bonorum zugestanden? Und wir antworten, daß das Interdictum quorum bonorum nur ein Jahr lang, das Beneficium ex L. fin. aber 30. Jahr lang daure, hernach hat der Erb zu Erhaltung des Interdicti quorum bonorum wenigist ein summarische Prob seines Rechts, so er an die Erbschafft sucht, nöthig; Aber zur Erhaltung der Immission ex L. fin. ist genug, fürzeigen ein dem Ansehen nach undadellhafftes Testament. Acursius ad L. verb. legitimo. Zoësius quæst. 4. ad h. t. 7.

Wir haben oben 7. gesagt, daß der Erb oder die Testaments-Executores können, ja müssen die Legatarios und Particular-Fidei-Commissarios zu frieden stellen, wann schon das Testament wegen Umgehung oder rechtmässigen aber nicht probirten Enterbung bestritten wird, von darumen, weilen in solchem Testament allein die Erbs-Einsetzung bestritten wird, und die Legata auch andere Vermächtnussen nichts destoweniger abgeführt werden müssen, wann schon der umgangene und also enterbte Sohn den Handel gewinnt, und das Testament umgestossen wird. Jetzt wird gefragt, ob in disem Casu, wo das Testament wegen Umgehung, oder unrechtmässiger Enterbung bestritten wird, der im Testament eingesetzte Erb in Krafft des L. fin. Cod. de edict. D. Adriani toll. in die Possession der Erbschafft gesetzt werden müsse. Diß ist zwar klar genug enthalten in L. 2. Cod. h. tit. Aber Parladorius lib. 2. rer. quotid. cap. 5. n. 12. vermeynt, daß zur jetzigen Zeit der Text in L. 2. corrigirt worden, weil die Umgehung, oder ungerechte Enterbung des Sohns von Rechts wegen verbotten ist, andere machen einen Unterschied, ob die Sach eine genauere Untersuchung brauche, oder ob der Sohn die ungerechte Umgehung oder Enterbung also gleich erweisen kan. In dem ersten Fall habe die Verordnung des L. 2. Platz, und müsse der eingesetzte Erb in die Possession gesetzt, in dem anderen Fall aber die Immission unterlassen, und die Sach summarisch ausgemacht werden, weilen aber meistens die Umgehungs und Enterbungs-Sachen so beschaffen seynd, daß sie ein genauere Untersuchung erforderen, so ist nicht leichtlich 8.

lich dem geschribnen Erben die Immission abzuschlagen, wann schon der Sohn ihme einbildet, die Sach sey liquid genug, und alsogleich auszumachen, aus Ursach, weilen die Bestreittung des Testaments wegen Umgehung oder Enterbung in das Petitorium einschlagt, der geschriebne Erb aber, der das Beneficium des Adrianischen Gesatz ansiehet, nur in possessorio und zwar summarissimo sich fuesset, welches lediglich kein andere Prob als Verweisung des sichtbarlichen ohndadellhafften Testaments erfordert. Lese den Perez loc. cit. vers. 3. und Zoësium loc. cit. quæst. 1. Die Glossa ibidem setzt bey, wann schon der Sohn in Besitz der Erbschafft ist, daß nichts destoweniger der geschriebne Erb in die Possession eingelassen werden, und der Sohn austretten müsse, in welchem Casu doch wir vermeynen, daß, wann der Sohn sich zur schnellen und paraten Prob der ungerechten Umgehung, oder Enterbung erbiettet, in seinem Besitz zu behandheben seye, weil er sich mit der Exception des Doli beschützen, und dem eingesetzten Erben sagen kan: daß er ex dolo die Possession begehre, welche er also gleich wieder zuruck geben muß. Weil nun für dem Sohn der Favor der Possession, und das Anbott der schnell und paraten Prob streittet, so vermeynen wir, es seye in etwas mit der Immission des geschriebnen Erben innzuhalten, biß man die Prob anhört. per L. 3. §. ibidem ff. ad exhib. L. ille 13. §. quid ergò ff. ad trebell. welches doch Zoësius der Richterlichen Ermässigung überlaßt. dict. quæst. 1. ad tit. Cod. de edict. D. Adriani toll.

9. Zum 8. wird gefragt, was Rechtens seye, wann der geschriebne Erb, und der Erb ab intestato zusammen kommen? Wir antworten, daß der geschriebne Erb, was das Beneficium der Immission betrifft, dem Erben ab intestato vorgezogen werden müsse, wann das undadellhaffte Testament vorgewisen wird. Ant. Faber ad hunc tit. def. 3.

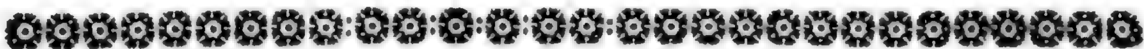
10. Was ist aber Rechtens, wann der geschriebne Erb und der Fidei-Commissarius zusammen kommen, welchem die Erbschafft muß zuruck gestellt werden? Wem aus ihnen die Possession mitzutheilen seye? Und es ist gewiß, daß der Erb den Fidei-Commissarium ausschliesset, wie wir kurtz zuvor gesagt haben, daß der eingesetzte den substituirten Erben ausschliesse, dann diß bringt die natürliche Ordnung mit sich; Was ist aber zu thuen, wann der Fidei-Commissarius schon in der rechtmässigen Possession der Erbschafft stehet, ob nichts desto minder der Erb in Besitz einzulassen seye? Und wir antworten, er seye innhaltlich der vorgehenden Frag in seiner Possession zu behandheben, wann er seines Rechts halben alsogleich eine summarische Prob machen kan, Krafft der schon zuvor beygebrachten Ursachen, welches auch Ant. Faber loc. cit. def. 2. begnehmiget.

Die 9. Frag ist, was von denen Früchten zu sagen seye, wann zwischen dem geschriebnen Erben, und zwischen dem Erben, und zwischen dem Erben ab intestato wegen Giltigkeit des Testaments ein Stritt entstehet? Und wir antworten, daß vorbesagter massen der geschriebne Erb in Besitz der Erbschafft zu setzen seye, der Besitzer aber hat dise Freyheit, daß er die Früchten gewinne, obwohlen nun bey der Erbschaffts-Begehrung dem gewinnenden Erben alle Früchten gebühren, welche von Zeit des Testirers Tod verfallen, so gebühren doch dem Erben ab intestato, der das Testament bestreittet die Früchten nicht, ausser von Zeit der litis Contestation. Die Ursach des Unterschieds ist, weil die Früchten bey Begehrung der Erbschafft die Erbschafft vermehren, und zwar alle, so vil erlangt worden, ohne Unterschied zwischen dem malæ, oder bonæ fidei Besitzern, aber der Erb, der auf Begehren in Besitz gesetzt worden, ist kein andere Ersetzung der Früchten schuldig, ausser welche er empfangen hat können von der Zeit der Kriegs-Befestigung von welcher Zeit an er gleichsam in malam fidem gesetzt worden, wie gar schön sagt Ant. Faber loc. cit. def. 8. 11.

Die letzte Frag ist, obwohlen niemand gehalten ist, einen Testaments-Executorn wider Willen abzugeben, ob er doch das Geschäfft vollziehen müsse, welches er einmal übernommen hat? Wir antworten mit Ja; Aus Ursach, weilen, wie wir oben gesagt haben, die Testaments-Executores entweders actione mandati, oder actione negotiorum gestorum gehalten seynd, seynd sie actione mandati gehalten, so seynd sie aus einem wahren Contract gehalten, wann sie aber actione negotiorum gestorum verbunden seynd, so seynd sie ex quasi contractu verbunden, bey denen Contracten, oder quasi Contracten ist einem Theil nicht erlaubt wider Willen des anderen abzustehen, und ein unvollkommenes Werck ligen zu lassen, welches in disem 11. Art. approbirt wird, wo ausdrucklich gesagt wird, daß die Executores, wann sie sich einmal der Execution unterstanden haben, schuldig seyn, solche zur Endschafft zu bringen. 12.

Man wird widersetzen, daß in dem 10. Art. ausdrucklich das Widerspil enthal-

halten seye, weil dorten verordnet wird, daß, wann einer aus denen Testaments-Executorn gelitten hat von der Administration ausgeschlossen zu werden, auch ins künfftige er für ausgeschlossen gehalten werden müsse. Wir aber antworten, daß der 10. Art. von der Testamentlichen Execution rede, welche lange Zeit nach sich ziehet, also daß man supponirt, daß zugleich das Testament rechtmässig exequirt, und also das Amt der Execution erfüllt worden seye, und obwohlen ein solcher Executor sich auch nachgehends, da alle Jahr die Execution erneuert wird, mit denen übrigen Executorn der Administration hätte unterziehen können, weilen aber 10. gantzer Jahr, wie wir dort ausgelegt haben, sein Recht nicht gebraucht hat, so hat er solches durch das nicht brauchen verlohren. Hier aber handlen wir von denen Executorn, welche die erste über sich genommene Testaments-Execution noch niemalen erfüllet haben, gewiß dise thun Krafft dises letzten Art. ihrem Amt nicht genug, biß sie die völlige Execution in das Werck setzen. Setze nun einen Fall, welchen geschehen zu seyn wir wissen, daß der Testirer in seinem Testament etliche Verordnungen gemacht habe unter einer Condition, oder auf einen gewissen Tag, da thun die Executores, nachdem sie das Executions-Amt übernommen haben, nicht genug, wann sie nicht auch des Testirers unter Condition, oder auf einen gewissen Tag gemachte Verordnungen, nach erfolgter Condition, oder gekommenen Tag in das Werck setzen, es ist auch in des Richters, oder Obrigkeit Gewalt nicht, wann die vorige Executores den Willen des Testirers zu erfüllen bereit seyn, daß jener, das ist, der Richter oder die Obrigkeit denen vorigen Executorn ihr Amt entziehen, und er selbst erfüllen, oder anderen neuen Executorn anvertrauen könne, weil diß in dem Gewalt des Richters nicht ist, und sowol dem Testirer, als auch denen Executorn, denen der Testirer getraut hat, ein handgreiffliche Injuri zugefügt wird. Noch vil weniger ist dem Erben zuzulassen, daß er um neue Executores supplicire, villeicht, weilen der vorigen Gewissen, denen des Testirers Will genau bekannt gewesen, verdächtig ist; Die Ursach dessen allen ist, weil vorbesagter massen zwischen denen Executorn, und dem Erben ein wahrer, oder quasi Contract unterlaufft, Mandati, oder Negotiorum gestorum, es ist aber in des Fürsten Gewalt nicht, und noch vil weniger in dem Gewalt einer Obrigkeit, oder eines Richters, einen rechtmässigen Contract, oder quasi Contract ohne der Partheyen Willen umzustossen, ja, wann auch das Widerspiel Gerichtlich geschicht, so vermeynen wir, daß solcher Act null, nichtig, und Krafftloß seye.



Des XLV. Tituls

Von Fried-Bott, und Fried-Bruch.

Erster Articul.

Klagt einer zu dem andern, daß er ihn beschädiget hab, an Leib, oder an Guth, über einen rechten gemachten Fried, den einer dem andern, ausser Beyseyn der Obrigkeit, für sich selbst angelobt habe, und laugnet sein Widertheil, er hab den Fried nicht gelobt, so soll der Kläger den Fried beweisen, und erzeigen, wie recht ist; Sodann der solcher massen angelobte Frieden, und auch der Fried-Bruch erwiesen, soll der Richter den Fried-Brecher nach Gestaltsame, und Umständ der Sachen seiner Ermässigung, und Erkanntnuß nach, darumen straffen. Und wofern in dem gelobten Frieden bedingt worden, daß derjenig, welcher denselben bricht, dem andern einen gewissen Pœn-Fall bezahlen soll, in solchem Fall ist der Fried-Brecher seinem Gegentheil, den gedingten Pœn-Fall, und nichts desto minder auch dem Richter sein Gerichts-Straff zu bezahlen schul-

schuldig. Wurde aber jemand dem Lands-Fürsten, oder dessen Land-Hoff-Meistern, Hoff-Raths-Präsidenten, Vice-Domen, und Räthen, oder einem anderen Richter, einen Friden geloben, soll man kein Geld-Straff auf den Fried-Bruch setzen, sondern das Angeloben soll beschehen bey Vermeydung des Leibs-Straff. Derowegen da einer klagte, sein Gegensacher hätte einen Fried, welcher gehörter massen, der Obrigkeit angelobt ist, gebrochen, und sich das Angeloben dermassen bey der Obrigkeit erfunde, bedarff solch Angeloben keiner anderen Beweisung. Befunde sich aber das Angeloben bey der Obrigkeit, oder in den Gerichts-Büchern nicht, soll es erwiesen werden, wie recht ist. Sagte dann der Antworter, er hätte solchen gelobten Frieden nicht gebrochen, des Laugnen soll man darum nemmen, es bezeug dann der Kläger, wie recht ist, wie, und was Gestalt der Beklagt, ihne wider den Frieden, welchen er der Obrigkeit angelobt, beschädigt, oder beleydiget hab, an Leib oder an Guth. Und wer also überzeuget würdet, und der Fried-Bruch am Leib, oder Guth mit der That beschehen, der soll von demjenigen Richter, derselbiger Orten das Malefiz- und peynlich Gericht hat, mit Abschlagung der Hand, Verweisung des Gerichts, oder Lands, am Leib, oder in ander Weeg, nach Gestaltsam und Umständ der Fried-brüchigen That, unnachlässig gestrafft werden. Wäre aber der Frieden, welchen die Theil der Obrigkeit angelobt, allein mit Worten gebrochen worden, soll die Obrigkeit des Orts, wo das Verbrechen geschieht, denselben um Geld, oder, da er solches nicht hätt, mit Gefängnuß straffen. Es soll auch der Kläger sonderlich und Articuls Weiß angeben, wie vil er des gebrochnen Friedens halben Schaden genommen hab, und was alsdann der Richter auf vorgehende Mässigung, und Tax erkennen würdet, ihme der Antworter widerkehren. Wurde aber der Kläger sein Klag, wie recht ist, nicht beweisen, soll er hingegen dem Antworter seinen Schaden, und Unkosten auch widerkehren, den ihme der Richter, mit vorgehender Mässigung, und Tax erkennen wird, und ist noch darzu dem Richter in die Straff, und Buß gefallen.

Summaria.

1. Was ein Fried-Bruch seye, und ob einer sich schwerer versündige, der den andern wider gelobten Frieden beschädiget, als der ohne solch gelobten Frieden beschädigt hat?
2. Was Rechtens, wann der Fried bey gewisser Straff gelobt worden, wem solche Straff gebühre?
3. Wann aber ein Gerichtliche Straff erkennt worden, ob solche dem Richter zufalle?
4. Welcher Gestalten durch die Gerichts-Bücher, oder *Protocolla* erwiesen werde, daß eine Straff Gerichtlich erkennt worden?
5. Wann man wider die Fried-Brecher *criminaliter* verfahren könne mit Abhauung der Hand, oder *Relegation*?

DIser unser Titul hat einiger massen eine Gleichheit mit der Reichs-Constitution offentlichen Friedens, dann gleichwie der Kayser das Heyl des Reichs und offentlichen Frieden behandheben muß im gantzen Römischen Reich, also auch ligt einem guten Lands-Fürsten ob, daß er in seinen Landen ein gleiches thue, und die Fried-Brecher scharff bestraffe. Obwohlen diser gantze Titul nicht von Brechung des offentlichen Frieden handlet, welche mit bewaffneter Hand, und Truppen Weiß geschicht, sondern allein vom privat Fried-Bruch handlet, welchen Frieden sie unter einander machen, und offt wegen einer schlechten Ursach wider brechen. Wir wollen also die nachfolgende Art. auslegen, welche aus der alten Reformation und alten Buch der Land-Recht heraus genommen worden, mit den übrigen nachfolgenden Tituln, und Articuln, welche alle von Getöß, Friedens-Stöhrungen, Rauff- und Schlag-Händel mehr der gemeinen Leuthen, als der adelichen und mächtigern Verbrechen und Excessen handlen, gantz auf kurtze Arth, weilen denen gemeinen Richtern nichts mehrers bekannt ist, als wie dergleichen unruhige, raufferische und bolderische Leuth ihnen mittelst der Straffen

sen den Beutel spicken müssen, welche sie einstens gennent habe ihre Immer-Kühe als wollten sie sagen, daß sie dise Kühe immer melchen können. Wann nun wir bey disem 1. Art. fragen, was der Fried-Bruch seye.

1. So sagen wir. 1. daß unter Privat-Leuthen zweyfach ein Fried geschlossen werden könne ohne Obrigkeitliche Authoritát, und mit Obrigkeitlicher Authoritát. In beyden Fall ist gewiß, daß sich jener schwährer verfalle, welcher den vor Obrigkeit oder Privat gemachten Frieden bricht und den anderen beschädiget, als der, der solches thut mit Gelegenheit eines Rauff-Handels beym Trunck ohne solch vorhero gemachten Frieden.

Nun macht unser Art. 2. einen weiteren Unterschied, daß der Fried-Bruch schwährer seye, welcher Fried vor dem Richter und Obrigkeit gemacht worden, als welcher unter denenen Partheyen privat gemacht worden.

Dahero 3. wann einer sich beklagt, daß der andere ihne am Leib, oder Güthern beschädiget habe, beyfiegend, daß diß wider die Treu, und unter ihnen ausser Gericht gemachten Frieden geschehen, dem Kläger obligt, daß er solch gepflogenen Frieden erweise, wie recht ist. Aus Ursach, weilen ein jeder Kläger sein Absehen probirn muß, ist also nicht genug, daß einer probire, daß er vom anderen am Leib oder Güthern beschädiget worden, sonder er muß auch probirn, daß er beschädiget worden wider den unter ihnen privat gemacht Frieden, weilen, wie wir gesagt haben, ein grösserers Verbrechen ist, den anderen wider versprochne Treu beschädigen, als ohne solche Treu aus einer geling entstandenen Raufferey.

2. Folgt also 4. daß ein weiterer Unterschied zu machen seye, ob bey bedungenen Frieden unter denen Partheyen eine gewisse Pœn bedungen worden, oder nicht? In ersten Fall, muß der Fried-Brecher seinem Gegner die bedungene Pœn würcklich und also gleich zu bezahlen verfällt werden. Wann aber keine Pœn bedungen worden, so ligt dem Richter ob, daß er die Straff nach Beschaffenheit und Umständ der Beleydigung oder Verletzung ansetze.

Man wird fragen, wem in beyden Fall die Pœn des Fried-Bruchs zu gehöre? Und wir antworten, daß in dem Fall, da die Partheyen unter einander eine Pœn des Fried-Bruchs bedungen haben, solche dem beschädigten Theil zu gehöre. Aus Ursach, weilen dergleichen Leuth nicht Gewinns halber solche Pœn bedingen, sonder zu ihrem Nutzen und Satisfaction; Und dahero lauten die Wort unsers Art. also, daß der Fried-Brecher seinem Gegner die bedungene Pœn zu bezahlen schuldig seye. Wann aber bey bedungenen Frie- kein Pœn bedungen worden, so ist die Straff, welche der Richter dem brechenden Theil auferlegt, Gerichtlich, und gehört dem Richter zu, die Ursach zwischen beyden Fällen ist klar genug, weilen im ersten Fall die Straff ein bedungene Straff ist, fallt also dem unschuldigen Theil zu, in dem anderen Fall aber ist die Straff Gerichtlich, und folglich fallt sie dem Richter zu, nichts destoweniger doch ist auch in dem ersteren Fall der bedungenen Pœn dem Richter unbenommen, eine offentliche Straff zu setzen, und den Beschädiger über die bedungene Pœn nach seiner Ermäßigung, und Befund der Umständen nach Verdienst zu bestraffen. Wann man sagt, daß niemand wegen einer Sach, oder wegen einem Verbrechen dopplet zu straffen seye. So antwortet Farinac. in quæst. crim. 107. n. 54. & 84. daß dise Regul nicht Platz habe, wann eine Straff des Gegentheils privat Interesse, und die andere das Publicum betrifft. Unter dessen doch bekennen wir, daß wir in Praxi niemahlen einen Casum gehabt haben, wo die Partheyen eine Pœn bedungen hätten, obwohlen doch solches Christilich wäre, absonderlich wann in allen privat Geschäfften dergleichen verpœnisirte Clausulen beygesetzt wurden, damit aus Forcht der selben die Leuth von Raufferepen und Injurien abgeschröckt wurden, weilen offt mehr aus Forcht einer zeitlichē Straff, als wegen Göttlicher Straff von Verbrechen abgeschröckt werden.

Dergleichen Friedens bedingnussen 5. geschehen mehrers Gerichtliche als in privat, dann wir haben keinen grösseren Grollen gesehen, als unter gemeinen Leuthen, welche hintereinander kommen, und erhitzt seyn, also daß weder einer dem anderen ein gutes Wort geben, oder ohne Zorn und Gall ein Antwort ertheilen kan. Aus welchem herstammet, daß der Fried Gerichtlich gemacht werden muß, in welchem Fall unser Art. löblich verordnet, daß wegen des Fried-Bruchs kein Geld-Straff soll auferlegt werden, sonder das beyde Theil sich zur Leibs-Straff verbunden, welches zwar bey höcheren Gerichtern beobachtet wird, aber bey niederen Gerichtern haben wir dises nicht geschehen, weilen die niedere Richter mehr um die Geld als um die Leibs-Straffen begirig seynd. Und weilen auch selten geschicht, daß die Partheyen unter ihnen zu gütlicher Bedingung einer Leibs-Straff gebracht werden können deßwegen wird vom Richter die Straff gesetzt, welche der Fried-Brecher sowohl ley- 3.
den

den muß, als wann er solche gütlich wurde bedungen haben.

4. Was aber 6. die Prob der Obrigkeitlichen gesetzten Straff betrifft, macht unser Art. einen Unterschied, ob solche protocollirt worden oder nicht? Im ersten Fall, hat das Protocoll vollständigen Glauben, und also muß man ohne weitere Prob wider den Beklagten verfahren. Wann aber die Protocollirung unterlassen worden, so muß der Kläger probirn, welche Prob wann er nicht machen kan, so muß er dem Gegner allen Schaden und Interesse nach vorläuffig Obrigkeitlichen Moderation erstatten. Wann er aber die Prob macht, so setzt der Art. dise Straff, daß ihm die Hand abgehauen, oder er relegirt, oder mit einer anderen Leibs-Straff nach Beschaffenheit und Umständ der Geschicht, und des Fried-Brechers belegt werden soll. Was die Abhauung der Hand betrifft, scheint daß unser Art. mit der Constitution des Kaysers Friderici über eins komme, in usu Feud. de pac. tenend. & ejus viola §. si quis alium. wo dise Wort enthalten, wann einer den anderen unter dem Fried-Bott verwundet hat, ausser, daß er im Duell um sein Leben zu retten diß gethan, probirt habe, dem solle die Hand abgehauen werden, und der Richter in Sachen soll seine Sachen nach Schärffe der Justiz erhalten. Welche Straff auch vor Altem im Brauch gewesen, wann einer den anderen in offentliche Freyung, oder im Orth, wo der Fried publicirt worden, welche Friedens-Verruffung nach Innhalt des 6. und 7. Art. 6. Tit. 5. lib. der Lands und Pollicey-Ordnung bey allen Volckreichen Zusammenkunfften, und Festivitæten, das ist, bey Hochzeiten, Jahrmärckten, Kirch-Weyhungen, offentlichen Däntzen und dergleichen beobachtet werden muß, weilen jedoch dise Straff, nehmlich die Hand-Abhauung gar zu hart ist, deßwegen setzt der Art. die Relegation bey, und thut in der That die Sach der Richterlichen Ermäßigung heimstellen, in den Worten, oder in anderen Weeg nach Gestallтsam, und Umständ der Friedbrüchigen That. Mit disem stimmt ein Farinac. loc. cit. quæst. 107. wo er sagt, daß die Fried-Bruchs Straff arbitrarisch seye.

In welchem doch unsers Erachtens ein Unterschied zu machen ist, ob der Fried-Brecher sich selbsten Gerichtlich verbunden habe den Frieden zu halten unter Leibs-Straff, oder ob die Friedens-Haltung allein vom Richter unter Leibs-Straff auferladen worden? Item 2. ob der Fried-Brecher sich nur mündlich oder eydlich zu Friedens-Haltung verbunden habe? Wir vermeynen nun, daß des Fried-Brechers eigne Verbindung härter seye, als die vom Richter auferlegte Obligation, und dahero kommt es, daß der Art. rede von jenen Fried-Bruch so der Obrigkeit angelobt worden. In welchen Worten stillschweigend angedeittet wird, wann die Anglobung nicht geschehen, sondern bloß von der Obrigkeit der Fried-Bruch bey Leibs-Straff verbotten worden, daß so schwähre Straff, wie die Hand-Abhaung ist, nicht Platz haben könne: Absonderlich, wann solche Obligation vom Fried-Brecher nicht eydlich, sonder nur ein simples Versprechen geschehen ist. Man kan zwar in jedem Fall wider einen solchen Fried-Brecher, wo ihme die Leibs-Straff vom Richter angedeittet worden, oder wo er selbsten freywillig absonderlich durch eydliche Versprechen die Leibs-Straff übernommen hat, Criminaliter verfahren, weilen aber wir hier von Criminalien nicht handlen, und jedwedere Umständ in Criminal-Sachen die Straff änderen, welches die Ursach ist, daß unser Art. nicht in der blossen Hand-Abhauung oder Relegation verbleibt, sonder auch andere Straffen nach Beschaffenheit der That zulasset, deßwegen thun wir disen Art. weiters nicht durchforschen, und verschieben dises Geschäfft zu denen Criminalien, in welchen die niedere Richter nicht zu sprechen haben, die höchste Gerichter aber nach Innhalt dises Art. werden die Umständ besser erforschen. 5.

Der anderte Articul.

Wurde aber jemand Fried-Gebotten von dem Richter, oder Fronbotten, den die Partheyen nicht gelobt hätten, und den nicht hielten, so soll der, welcher den Frieden bricht, und des überwiesen wurde, den Pœn-Fall, dabey ihm Fried gebotten worden, zahlen. Wäre aber das Verbott, mit keinem gewissen Pœn-Fall, sonder bey der Straff, oder auch ohne dieselb beschehen (wie dann kein Fron-Bott, bey einem gewissen Pœn-Fall, sonder allein insgemein bey Straff, den Frieden zu gebietten soll Macht haben) als dann soll der Fried-Brecher, nach

nach Ermäßigung des Richters mit Erwegung aller Umständ, um Geld, oder da ers nicht hätte, mit Gefängnuß gestrafft werden und noch darzu dem Kläger seinen Kosten und Schaden wiederkehren.

Summaria.

1. Welcher Gestalten diejenige, so den offentlichen verruffenen Frieden brechen, zu bestraffen seyen.
2. Ob ein jeder *Privat*-Mensch den Frieden ausruffen könne, und was es für eine Würckung habe?
3. Ob die Fried-Brecher nicht allein um den *Pœn*-Fall gehalten seyen, sonder auch allen Schaden ersetzen müssen?

1. Zu vor haben wir vom Frieden gered, welchen die Partheyen selbsten unter ihnen machen, und solchen unter bedungener Straff entweders privatim, oder Gerichtliche bestättigen, jetzt diser Art. handlet vom Frieden, welcher vom Richter, oder denen Fron-Botten, oder anderen Gerichts-Bedienten offentlich verruffen wird. Und unser Art. macht abermahlen einen Unterschied, ob der Fried ausgeruffen worden unter einer gewissen Straff, oder ohne Straff. In ersten Fall, wird der Fried-Brecher in die der Verruffung beygesetzte Straff verfällt. Im anderen Fall wird der Fried-Brecher nach Ermäßigung des Richters um Geld gestrafft, oder wann er keines hat, mit der Gefängnuß, oder anderen Leibs-Straff belegt. Aus welcher Verordnung erhellet, daß der Brecher des bedungenen Friedens härter gestrafft werde, als der Brecher des offentlichen verruffenen Friedens. Dessen ist die Ursach, welche wir oben angeführt haben, weil ein schwähreres Verbrechen ist, den versprochnen Frieden brechen, und dem eignen Versprechen, absonderlich wann es eydlich geschehen, zuwider handlen, als dem Befelch des Ausruffers nicht gehorsammen. Der Art. setzt doch bey, daß die Fron-Botten, und Gerichts-Bedienten den Gewalt nicht haben, bey der Ausruffung eine gewisse Straff zu benennen, dessen ist die Ursach, weil ihr Amt sich so weit nicht erstreckt, daß sie erkennen können, welche und was für eine Straff der anscheinenden Gefahr gemässen sey, stehet also allein dem Richter die Benennung der Straff zu, und wann solche von ihm geschöpfft worden, muß sie bezahlt werden, obschon die Beschädigung von keiner Wichtigkeit ist, daß sie eine gewisse Straff verdiente, dann im solchem Fall wird mehr die Beschimpffung der Obrigkeitlichen Authorität als die Schwähre des Verbrechens in Betracht gezogen.

2. Man wird fragen, weil in Krafft des 7. Art. 6. Tit. lib. 5. des Lands und Policey-Ordnung. Ein jeder Privat-Mensch den Frieden ausruffen kan, was dise Ausruffung für eine Würckung habe? Und wir antworten, daß solche unsers Erachtens eben jene Würckung habe, wie die vom Fron-Botten oder anderen Gerichts-Dienern beschehne Ausruffung, das ist, daß der Fried-Brecher vom Richter um Geld bestrafft, oder wann er keines hat, eingelegt, oder sonst am Leib gebüßt werden kan; Gleichwie nun aber die Fron-Botten selbsten bey der Ausruffung keine gewisse Straf setzen können, also auch ist solches zu thun denen anderen Privat-Leuthen nicht erlaubt. Aus eben der Ursach, die wir oben schon beygebracht haben.

Letztlich ist in disem und dem vorgehenden Art. zu mercken, das unetacht der der Burgerlichen oder Criminal-Straffen, welche nach Beschaffenheit des Fried-Bruchs geschöpfft werden, denen Verbrechern auch aufgetragen werde, allen Kosten und Schaden dem beleidigten Theil zu ersetzen, welches an sich selbsten gantz billig ist, weil die Actio de damno dato rei persecutoria ist, daß folglich die Straffen solche Action nicht verhinderen können. Wir wissen, daß einige DD. zweifflen, ob nicht bey der bedungenen Straff-Rechtens seye, daß die Ersetzung des Schadens und Interesse nicht könne begehrt werden, weil sie vermeynen, daß die Bezahlung der Straff an statt des Ersatz des Schadens seye, aber dise Meynung haltet nicht Stich, weil ein anderes ein Straff, und ein anderes die Ersetzung des Schadens ist. Dann es wäre ein böses Exempel, wann wir sagten, daß der Fried-Brecher nach bezahlten 100. Thalern, welche für ein Straff unter ihnen bedungen worden, von all weiterer Action frey seyn soll, wann schon er den anderen um 1000. Thaler beschädiget hat. Es muß also der zu gefügte Schaden vor allen ersetzt, und nachgehends erst die Straff erlegt werden. 3.

Der

Der dritte Articul.

Spricht der Richter selbs, ohne jemands Anklagen, einen an, er hab ein gemachten rechten Frieden, an einem anderen zerbrochen, derselb aber gleichwohl der That, und unfriedlichen Handlungen, aber daß er einen gemachten Frieden gehabt, nicht geständig wäre, doch sein Buß um sein Verhandlung darum erwarten wolt, soll der Richter gegen ihm kein Weisung führen, sonder sein Laugnen darum nehmen, mit seinem Eyd, und ihne nicht um einen Fried-Bruch straffen, sonder sonsten büssen. Es stunde dann der gegen ihme in Recht, an dem er den Frieden gebrochen hat, als dan mag der Richter die Beweisung, wie vorstehet, wohl fürgehen lassen.

Summaria.

1. Wann der Beschädigte den anderen allein diß Schadens halber beklagt; ob der Richter auch für sich selbst über den Fried-Bruch sprechen könne?
2. Was Rechtens, wann der Gerichtliche gemachte Fried gebrochen worden, ob der Richter wider den Fried-Brecher vom Amts wegen verfahren könne?
3. Was für ein Unterschied seye, wann der Fried mündlich, oder in der That gebrochen worden?

1. Es scheint, daß diser Art. aus dem einfältigen Alterthum klar genug herausgenommen worden, dann es muß einem jeden gemeinen Richter bekannt seyn; daß, wo kein Kläger ist, auch kein Richter seyn soll; Es thut also diser Art. gantz recht verbietten, daß der Richter, wann kein Kläger verhanden, der den anderen des gebrochnen Friedens halber anklagt, den Schuldigen, der die Beschädigung zwar bekennt, eines gebrochnen Friedens halber nicht beschuldigen, und sich zu dessen Probführung nicht erbietten soll. Dann es ist eine allgemeine Regul, daß der Richter nachdeme, was angebracht und erwiesen worden, und nicht nachdeme, was der Richter besonders weißt, richten muß, L. domum. 5. L. doce 9. Cod. de rei vind. L. argent. 10. §. fin. ff. de edendo. aus Ursach, weilen er nicht aus eines jedwederen Privat-Menschen Instruction, sonder aus Bekanntnussen, Zeugschafften, und Allegationen, und anderen, was in seiner Gegenwart verhandlet wird, sich reguliren soll, wie gesagt wird. cap. in præsentia 6. X. de renunt. L. illicitas 6. §. veritas 1. ff. de officio præsid. Wann nun einer von dem anderen am Leib oder an Güthern beschädiget wird, und vor Gericht gehet, und den Ersatz des Schadens verlangt, so muß der Richter den Beklagten wegen des zu gefügten Schaden richten, und condemniren, und nicht wegen des gebrochnen Frieden, wann schon der Richter weißt, daß der Beklagte den Frieden gebrochen hab, weil er richten muß über jenes, was in der angebrachten Klag begriffen ist, und über ein anderes nicht, was in der Klag nicht angebracht worden. Es gezimmt sich doch unsers Erachtens, daß man dißfalls einen Unterschied mache, ob die Frag seye wegen eines ausser Gericht zwischen den ParthEyen allein gemachten, oder wegen eines vor dem Richter bey Gericht errichten Frieden. Krafft des 1. Art. dises Tit. wann der Fried gebrochen worden, welchen die Parthe yen selbsten ausser Gerichtlich unter ihnen versprochen haben, so hat wider den Fried-Brecher allein ein Burgerliche Klag Platz, welche der Richter von Amts wegen nicht erfüllen kan, sonder muß abwarten, biß jener Theil, deme daran gelegen ist, die Klag anbringt.

2. Wann aber der Gerichtlich gemachte Fried gebrochen worden, so ligt dem Richter ob, daß er wider den Fried-Brecher Amts halber verfahre. Aus Ursach, weil Krafft des 1. Art. die Brechung des Gerichtliche gemachten Friedens pro criminel publico gehalten wird, und muß Criminaliter bestrafft werden, in crimine Sachen aber, wann auch kein Kläger verhanden, kan der Richter auf Weiß einer Inquisition Amts halber fürfahren, und die Verbrecher straffen, nicht, wie der 1. Art. sagt, an Geld, sonder am Leib. Dann wan der Fried-Bruch besagter massen so böß beschaffen seyn kan, daß dem Fried-Brecher die Hand abgehauen wird, oder er aus dem Gericht, oder aus dem gantzen Land relegirt werden muß, wie die Wort des 1. Art. lauten, also daß in des Rich-

Richters Gewalt nicht ist, die Leibs in ein Geld-Straff zu veränderen, Krafft der Wort: Der alten Reformation Tit: 15. Art. 1. und soll der Richter für die Hand, damit er gelobt hat, keinen Pfenning, das ist, kein Geld nehmen. Zu mahlen die Anklag des Beschädigten nicht abzuwarten ist. Und diser Unterschied unter den Burgerlichen und Criminal-Sachen gründet sich in jenem, was hat der Venatorius. Mihi fol. 105. Gail. lib. 1. obs. 42. n. 3. wo er sagt, daß allen niederen Richtern oblige, daß sie richten sollen nachdeme, was allegirt und probirt worden, und nicht nach seinem Gewissen, sie auch jenes nicht ersetzen können, was die Partheyen nicht vortragen, allein den Pabst und den Kayser ausgenommen, verstehehe, wie wir gesagt haben, in Burgerlichen Sachen, weil in Criminal-Sachen der Richter auch fürfahren muß, wann schon kein Kläger obhanden ist.

3. Aus welchem geschlossen wird, daß bey dem Fried-Bruch, welcher Fried unter den Partheyen Gerichtliche gemacht worden, ein Unterschied zu machen seye, ob der Fried-Bruch geschehen seye in der That, das ist, wann einer am Leib oder in Güthern, oder allein mit Worten beschädiget worden? Dann Krafft des 1. Art. dises Tituls verfahrt man als dann erst wider den Verletzer des Gerichtlich gemachten Friedens, wann des Gegners Verletzung am Leib oder an Güthern würcklich vollbracht worden, zum Exempel, wann man würcklich die Hand angelegt, geschlagen, oder verwundet hat etc. wann aber die Beleidigung des Gerichtlich gemachten Friedens allein mit Worten geschehen, und dadurch kein Schaden geschehen, so ist solcher allein um Geld, oder aufs höchst mit der Gefängnuß zu bestraffen, welche Straffen Burgerlich seynd, daß solchem nach der Richter ohne Kläger aus Verordnung dises Art. nicht fürfahren kan, absonderlich, wann der Beklagte auch die mündliche Fried-Brechung widersprochen hat, und, wie der Art. sagt, wann er seinen Wiederspruch eydlich bekräfftigen, und also hiedurch purgirn will und kan, welches juramentum purgatorium, wie wir anderstwo erinnert haben, in dem uralten Buch des Bayrischen Recht-Buchs gar sehr in Schwung gangen.

Der vierte Articul.

Wo zweyen Feundschafft gegen einander haben so soll und mag der Richter aus eignem Gewalt, wo er es erinnert würdet, und ihne für Noth ansicht, oder auf ihr eines Ersuchen, ihnen Fried zu bietten, und daß sie in Ungüten nichts mit ein ander zu thun haben, doch daß jedem seine Sprüch vorbehalten seyn sollen, die zu suchen, wie recht ist.

Summaria.

1. Wann der Richter von Amts wegen Frieden bietten könne?
2. Was für eine Straff solcher verdiene, welcher des Richters-Verbott nicht geachtet hat?
3. Ob und wann eine Caution nicht zu schaden mit Pfanden, oder durch Eyd beehrt, und vom Richter erkennt werden könne?
4. Wann einer seine Gegner wegen einer neuen Ursach beschädiget hat, ob die Straff des Fried-Bruchs Platz habe?

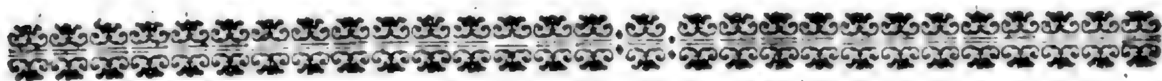
1. Obwohlen dem Richter in vorgehenden Art. verbotten wird, daß er beym Privat Fried-Bruch aus eignen Wissen und Gewissen nicht sprechen soll, so wird doch in disem Art. verordnet, daß, wann der Richter innen worden, zwey oder mehrere in Uneinigkeit und Feundschafft leben, nicht allein auf des einen Ansuchen, sonder auch von Amts wegen aus eigner Macht ihnen den Frieden bietten könne, mit Vorbehalt eines jeden sein Recht, was einer wider den anderen zu haben vermeynt, doch nicht mit Gewalt, sonder auf Arth eines gütliche Vertrags, damit grösseren Unheil begegnet werde.

Wann man fragt, in was für eine Straff ein solcher verfalle, der dem Richterlichen Verbott nicht gehorsamt hat? Und obwohlen unser Art. die Straff nicht beysetzt, so vermeynen wir doch, daß solche nach Beschaffenheit des Verbrechens vom Richter zu schöpffen seye, also daß jener härter gestrafft werde, der das Richterlicher Verbott, um nicht zu schaden, durch Hand Anlegung, Schlagen, und Verwunden gebrochen hat, als jener, welcher das Verbott nur mit Worten überschritten hat, wie wir in vorigen Art. ausgelegt haben, nichts destoweniger doch ist ein solcher, der das Richterliche Verbott verachtet

achtet hat, auch schwährer zu bestraffen, als, wann er den anderen beleidiget hätte, wo kein Verbott zuvor geschehen, dann es seynd dergleichen meistens arbitrarisch nach Beschaffenheit der Persohnen und anderer Umstand. Farinac. cit. quæst. 107. wo er dise Materi durch vile Blätter weitläuffig abhandlet.

3. Es wäre hier etwas zu melden, ob und wann entweders die Caution durch Pfand, oder mit Eyd um nicht zu beleidigen begehrt, und vom Richter zu erkennt werden könne, oder solle? Weilen aber unsere Statuten von disem nichts melden, und einen gantzen Art. in der alten Reformation cit. Tit. 15. enthaltenen Art. ausgelassen haben, so wollen auch wir nicht freygebiger seyn. Der von diser Materi was mehrers sehen will, der lese den Farinac. wo cit. quæst. 107. selbe vollständiger durchsucht.

Ein eintzige merckwürdige Exception machen die DD. daß die Straff des Fried-Bruchs nicht Platz habe, wann einer seinen Gegner nicht aus einer vorgängigen Ursach beleidiget, wegen welcher der Fried bedungen, oder auferlegt worden, sonder aus einer neuen entstandenen Ursach, worüber zu lesen ist, Harm. pistor. lib. 1. quæst. 17. per tot. Gail. lib. 1. de pac. publ. cap. 4. n. 45. Schult. ad modest. pistor. quæst. 149. n. 48. Mascard de prob. conclus. 1157. Wir schreitten allgemach zum Ende. 4.



Des XLVI. Tituls

Von Straff der Schelt-Wort, Unzucht, Rauffen, Heimsuchen, Waffen-Zucken und Scheiden.

Erster Articul.

Wer dem anderen mit Schelt-Worten an sein Ehr und Glimpf redet, es betreffen solche Wort (wo sie wahr wären) Leib und Leben, oder nicht, so er darum in Recht beklagt würdet, und in Antwort bekennet, daß er solches aus Hitzigkeit des Zorns gethan habe, nichts Arges von ihm wisse, und ihm solches darzu abbette, der soll dem Kläger ferner darum nichts, dann die Gerichts-Kosten und Schaden, nach Mäßigung des Richters schuldig, doch dem Richter, nach gestalttsamt der Schelt-Wort, ob die (wo sie wahr wären) des gescholtenen Leib und Leben berührten, als wann er ihne einen Mörder, Verräther, Rauber, Dieb, Ketzer oder dergleichen gescholten, in ein mehrere; Da aber die Schelt-Wort des gescholtenen Leib und Leben nicht berührten, als wann er ihn einen Schelmen, Buben, Lotter, Schalck, Spihler, Lüger, Huren-Sohn, oder dergleichen geheissen hat, in ein mindere und geringere Straff gefallen seyn.

Summaria.

1. Wie villerley Gattungen der *Injurien* es gebe?
2. Ob die mündliche aus Hitz des Zorns veriebte *Injuri* wiederruffen werden könne?
3. Wie solche Wiederruffung geschehen solle?
4. Was Rechtens, wann die Wiederruffung nicht also gleich, sonder erst nach angefangenen Stritt geschieht?
5. Ob der wiederruffende Theil in die Straff verfallen, und dem Kläger die Kösten und Schäden abtragen müsse?

OBwohlen diser Titul in der Rubric sehr freygebig ist, und nicht allein die mündliche injurien in sich begreifft, sonder auch die thätliche, ja so gar die unzüchtige Wort, die nächtliche Heimsuchung, das Waffen Zucken, und Scheiden, so wird doch in disem gantzen Titul von nichts als von mündlichen injurien gehandlet. Die Ursach ist, weilen die Uberschrifft gantz unbedachtsam aus der alten Reformation von Anno 1588. Tit. 16. entnommen worden, wo doch nachgehends in disem Tituls villes umgangen, und einige Sachen auf die nachfolgende 2. Titul verschoben worden, wir werden die nachfolgende Art. auslegen, wie sie ligen, und wir werden uns an die Uberschrifft nicht kehren.

1. Vor allem aber seynd wir nicht willens auszulegen, wie villerley Gattungen der Injurien es gebe, weil dise Materi gar zu weitläuffig wäre; Dann eine Injuri wird genommen für all jenes, was nicht mit Rechten geschieht, und auf dise Arth haltet die Injuria alle Privat und gemeine Verbrechen in sich, also daß man auf solche Weiß tausenderley Gattungen zehlen könnte. Item die Injuri wird genommen pro omni culpa, und allen dem anderen zu gefügten Schaden, also daß auch deßwegen abermahlen ein grosse Anzahl gemacht werden könnte, und endlich wird die Injuri auch genommen für die Ungerechtigkeit der Richter, von welchen allen uns die Red nicht ist, sonder von denen Injurien, welche die Privat-Leuth ein anderer entweders in der That, oder mit Reden zu fügen. Aber ein jede Injuri ziehet nach sich eine Verachtung, welche durch die Action de Injuriis gerächet wird.

2. Nun auf den Art. wider zu kommen, wird gefragt, ob die mündliche aus Hitz des Zorns zu gefügte Injuri zuruck geruffen werden könne? Und unser Art. gibt den Bescheid, und antwortet mit Ja. Aus Ursach, weilen was aus Zorn heraus gestossen worden, scheinet unbedachtsam geschehen zu seyn, also daß die darauf folgende Wiederruffung die Verachtung auslöschet, welche dem anderen durch unbedachtsame Wort zu gestossen worden: Und diß thut unser Art. in so weit erstrecken, es mag die Wiederruffung oder Zurucknehmung also gleich geschehen seyn, oder erst nach angestellter Klag, wann nur der Beklagte die zu gefügte Injuri bekennt, und sagt, daß solche aus purer Hitz und Ubereillung des Zorns geschehen seye, und 2. contestirt, daß ihme vom Kläger nichts böses bewußt seye, und 3. die zu gefügte Injuri abbitte.

Es bestehet aber die Abbitt meistens in disen Worten: Ich bekenne, daß ich dise oder jene Wort aus Hitz und Gewalt des Zorns gered hab, welche ich dir abbitte, und bezeuge, daß ich von dir nichts böses wisse. Ich bitt dirs ab. und bekenne, daß ich von dir nichts als liebs und guts weiß. 4. dise gütliche Abbitt wird von unsern Art. angenommen, es berühren die Schelt-Wort Leib und Leben, oder nur ein zeitliche Straff, als, wann einer den anderen einen Mörder, Verräther, Rauber, Dieb, Ketzer &c. heisse, oder allein die Ehr, als wann einer den anderen einen Schalcken, Lugner, Huren-Kind, nennet, dann es scheint, daß all dise Wort aus Christlichen Gemüth nach zu zu lassen seyen, wann sie allein aus Zorn und also unbedachtsam ausgestossen worden, weil die Unbedachtsamkeit anzeigt, daß nicht Ernst gewesen; Unter dessen 5. befreyet solche Bekanntnuß und Abbitt den Injurianten von der Richtlichen Straff nicht, welche nach Beschaffenheit der Wort zu mässen ist, das ist, daß jener härter gestrafft werde, welcher dem anderen schwähre Leib und Lebens-Straff würdige Verbrechen vorgeworffen hat, als jener, welcher nur geringere vorgeworffen hat, welche Wort mit Geld, oder Gefängnuß, oder auf andere Weiß abzustraffen seynd. Uber dise Materi lese den Farinac in quæst. suis Criminal. quæst. 20. n. 59. quæst. 91. n. 31. & quæst. 107. n. 149. Gail. lib. 2. obs. 106. n. 8. Clarus lib. 5. sent. §. injuria Schraderum. de Feud. part. 8. cap. 4. n. 127. 3.

Wo sie wider jenen, der nicht gleich wiederrufft, sonder erst nach angefangten Strit, schärffer seynd; Aus Ursach, weilen solcher Verzug der Wiederruffung ein verbittertes Gemüth anzeigt, so gleichsam an denen zu gefügten injurien ein Wohlgefallen hat. Vid. Ant. Faber ad tit. de injuriis. def. 11 n. 1. Wo er sagt, daß die Wiederruffung biß zu der Kriegs-Befestigung Platz habe, welches anscheint, unserem Art. conform zu seyn. Dann er redet allein von dem Injurianten, welcher bey der ersten Antwort auf die Klag des Klägers so gleich revocirt: Aus welchem wir schliessen, daß, wann er die Revocation hat weiters anstehen lassen, er nicht mehr gehört werde, weil nach unsern Land-Rechten die erste Antwort auf die Klag für die Kriegs-Befestigung gehalten wird, welcher die Revocation vorkommen muß, dann ein solche Wiederruffung gründet sich in freywilliger Reu, welche nach der Litis contestation nicht mehr freywillig gennent werden kan. Faber loc. cit. 4.

Man

5. Man wird wiedersetzen, wann die Hitz des Zorns mit des Injurianten Bekanntnuß, daß er vom Beleidigten nichts als liebs und guts wisse, von aller Injuri entschuldiget, auch von so schwäher, welche Leib und lebens Straff nach sich ziehet, so bekomme der Injurirte kein Satisfaction, welches wider alle Justiz und Billigkeit zu seyn scheinet, theils, weilen die Leuth sonsten zum schmähen geneigt aus diser Güthe Gelegenheit nehmen, so leichter mit Schmäch-Worten auszubrechen, weil sie sich unter dem blossen Vorwand der Hitz des Zorn entschuldigen können, hingegen aber dem Injurirten allzeit ein Mackel angesprengt wird, Krafft des Sprich-Worts, calumnire nur dapfer, bleibt allzeit etwas. Wir Antworten, daß der Injurirte dise Satisfaction habe, daß der Gegner sich selbst confundirt, und gleichsam Lugen straffen muß. Hernach wird er in alle Kösten und Schäden verfällt, also daß der Injurirte in allem Schad-loß erhalten werden muß. Und endlich muß er auch dem Richter die Straff bezahlen, welche nach Schwähre der Injuri anzusetzen ist.

Der anderte Articul.

Da aber der Antworter, daß er die Red gethan, nicht laugnete, sonder sich erbietten thäte, das jenig, was er gered, auf den Kläger zu beweisen, und wahr zu machen, der mag das wohl thun, doch anderst nicht, dann wie Malefiz-Recht ist, ob die Wort Leib und Leben berühren, und dem gemeinen Nutz, solche Missethat geoffenbart zu werden, daran gelegen wäre. Da auch jemand vor Gericht, oder im Rechten, einem anderen eine schmähliche Sach, zu seyn, oder seines Rechtens nothwendiger Beschitzung, hätte fürgeworffen, mag er solche ebenfalls, in dem der Haupt-Sach halben angestellten Rechten, ausser des Malefiz-Rechtens wohl ausführen, da aber die Ausführung nicht beschieht, ist er für einen Injurianten zu halten, unangesehen, da er gleich protestirt hätte, daß er animo injurandi, nichts wolte fürgebracht haben. Wolte aber jemand, ausser jetzt erzehlter Fäll, seine mit schmächlichen Gemüth ausgegossne Schelt-Wort ausführen, der soll nicht gehört, sonder nichts desto minder zu gebührender Abtrag gehalten werden, wie hernach folgt. Laugnet aber der ander der Klag, und mag der Kläger solche Klag wahr machen, wie recht ist, des soll er geniessen, und wo die Klag um Schelt-Wort geweßt wäre, dem Kläger sein Leib und Leben berührend, soll der Antworter dem Kläger einen Wieder-Spruch thun, daß er die Wort mit keiner Wahrheit gered habe, und darzu in des Richters Buß seyn. Es soll auch der Richter den Antworter darzu halten, damit er den Wiederspruch dermassen thue. Betreffen aber die Wort der Klag, Leib und Leben nicht, so soll der Richter zu Recht sprechen, daß der Antworter Unrecht gethan habe, und daß er den Kläger offentlich bitten soll, daß der Kläger um GOttes-Willen, ihm solch Unrecht und Wort vergebe, und soll ebenfalls von dem Richter doch geringer, gebüßt werden. Es soll auch Kläger seinen Schaden, den er des Rechtens halben genommen hat, sonderlich und Articuls weiß, benennen, und was ihme nach Mäßigung und Tax des Richters erkennt würdet, den soll ihm der Wiedertheil abthun. Entbrech aber der Antworter dem Kläger, so soll ihm der Kläger seinen Schaden, wie nächst geschriben stehet, auch wiederkehren, und dem Gericht die halbe Buß geben, die der Antworter, da die Klag sich wahr befunden, hätte geben müssen.

Sum-

Summaria.

1. Ob die Wahrheit der Lästerung den *injurianten* von der Straff befreye?
2. Wann einer *actione injuriarum* belangt worden, und sich zur Prob erbiettet, ob diß in eben selben Gericht geschehen müsse?
3. Wann ein *advocat* in seinen Schrifften Lästerungen gebraucht, zur *defension* seines Rechts, ob er für einen *injurianten* gehalten werde?
4. Wann der Beklagte wiederspricht, die *injuri* begangen zu haben, was für eine Avoir er thun müsse, wann der Kläger die Prob gemat hat?
5. Ob der *injurirte* allein um die Wiederruffung klagen, oder auch die *injuri* taxirn, und um Gelds *satisfaction* klagen könne?
6. Ob die *actio ad palinodiam*, mit der *actione æstimatoria* vergesellschaffet werden können?
7. Ob auch mit der *actione injuriarum realium*, die *actio legis aquiliæ* angestellt werden könne?
8. Wann einer den anderen *actione injuriarum* belangt, aber mit der Prob nicht aufkommt, ob er dem Beklagten allen Schaden und *interesse* ersetzen müsse?

1\. Diser an sich sehr dunckle Art. begreifft in sich einige Fragen, welche wir um besseren Erleutherungs-Willen von ein ander absönderen werden. Ist also die erste Frag, ob die Wahrheit der Lästerung den Injurianten von der Straff entschuldige? In welcher Materi vor Altem unterschiedliche Meynungen gewesen, deren Boër. in consil. suo. 4. viere und Farinac. in quæst. criminal. quæst. 105. inspect. 5. dreyzehen erzehlen, diser Unterschied der Meynungen thut doch die Cameralisten meistens mit dem Unterschied vereinigen, ob dem gemeinen Weesen daran gelegen, und nutzlich seye, daß die vorgeworffene Lästerung geoffenbart werde oder nicht? In dem ersten Fall, wann einer wegen der Injurien belangt worden, und solche nicht laugnet, sonder sich zur Prob erbiettet, muß er Krafft unsers Art. zur Prob zu gelassen werden, zu Besteiffung dessen citirt sie den Text in L. 18 ff. de injuriis. wo Paulus I. C. sagt, daß jener, wecher den Schuldigen infamirt hat, deßwegen mit Recht oder Billigkeit nicht könne condemnirt werden, dann daß der Schuldigen ihre Verbrechen offenbar und und bekannt werden, sich gezimmt, und nutzlich ist. Aus welchen Worten sie schliessen, daß der Injuriant nicht zu straffen seye, wann er dem anderen ein solche Lästerung vorgeworffen hat, welches zu wissen dem gemeinen Weesen daran liegt, entweders damit die Schuldige bestrafft werden, oder damit man anderen dem gemeinen Weesen dadurch zu gehenden Ungelegenheiten begegnen könne. Gail. lib. 2. obs. 99 per tot. Mynsing. cent. 5. obser. 17. & cent. 4. obs. 4. Wurmserus. lib. 1. tit. 47. obs. 6. Fachin. controv. lib. 9. cap. 10. per totum. sie machen ein Exempel in dem Casu, wo einer den anderen einen Todt-Schläger, Mörder, Rauber, Dieb, Siechen, Excommunicirten &c. schiltet, dann weilen dem gemeinen Weesen daran liegt, daß dergleichen Verbrechen nach Verdienst abgestrafft werden, und das gemeine Weesen von solch schädlichen Leuthen, wie da seynd die Siechen und Excommunicirte, oder die mit anderer erblichen Kranckheit behafft seynd, gereiniget werde, so wird der Injuriant gantz billig zur Prob zu gelassen. Ein anderes ist zu sagen, wann dem gemeinen Weesen nichts daran liegt, gleichwie wann einer ein Lammer, Krumper Schäbiger, Eindgiger &c. gennent wird, weil dergleichen Mängel dem gemeinen Weesen nicht zum Schaden gereichen, sonder allein zu des injurienten Schmach und Spoth gereichen. Ein gleiches ist zu sagen von denen mehrers bißigen als infamen injurien, gleichwie, wann einer nach Meynung des Farinac. dict. quæst. 105. n. 226. ein Narr, ein Horntrager &c. gennet wird, wie bey uns Teutschen dergleichen Spott-Wort ohne Zahl seynd, welche die Weiber bey ihren Hader händlen bestens wissen, und in solcher Menge auswerffen, daß man ein gantzes Büchel davon beschreiben könnte. Es wiederspricht zwar diser gemeinen und angenommenen Meynung, Krafft welcher der Injuriant zu zu bestraffen ist, wann er die dem gemeinen Weesen gefährliche und schädliche Lästerung zu offenbaren und zu probirn bereit stehet, Covarr. lib. 1. Var. resol. cap. 11. n. 6. wo er vermeynt, daß jener, weilen das böse Absehe des Injurianten nichts desto minder in Gemüth stecket, von der Injuri Klag, und schuldigen Straff nicht befreyet werde, wann schon dem gemeinen Weesen daran liegt, daß dessen Prob bekannt seye, weil deßwegen der Lästerer von seiner Sünd nicht befreyet ist: Wir aber antworten, daß des Covaruvii Meynung allein im gewissen Platz greiffe, die widrige Meynung aber denen Burgerlichen Gesatzen, und absonderlich disem unsern Art. mehrers conform seye, welcher nicht allein des Injurianten angebottene Prob Zulassungs weiß annimmt, sonder auch in den Worten, das mag er wohl thun, positivè approbirt. Lese den Fachin. loc. cit. cap. 10. &

& Mynsing dict. cent. 4. obs. 4. wo er aus des Covaruvii Meynung 3. besondere Sachen anmerckt, welche in dem Cammer-Gericht und also in foro fori nicht gebräuchlich seynd.

Doch ist die 2. Frag, ob nicht ein Unterschied zu machen seye Unter der dem anderen ausser Gericht / oder inner Gericht vorgeworffnen Lästerung? Dergleichen Unterschied macht Farinac. loc. cit. n. 247. wo, nachdeme er alle 13. Meynungen erzehlt hätte, besetzt, und was ist bey so vilen zerschiedenen Meynungen zu sagen? Und er antwortet, sage, entweders seynd wir inner oder ausser Gericht. Seynd wir inner Gericht, so sage, daß die Wahrheit die Lästerung entschuldige, nicht aber im Gegenspiel, wann die Prob nicht gemacht wird. Wann wir aber ausser Gericht, seynd, und als dann ist entweders die Injuri durch ein Pasquil schrifftlich, oder aber ohne Schrifft. In dem ersten Fall halte ich darfür, daß sowohl dem Burgerlichen als dem Geistlichen Recht nach die Wahrheit die Lästerung nicht entschuldige, aber, damit wir die Wahrheit bekennen, es scheinet, daß unser Art. just das Widerspiel verordne, dann er præsupponirt, daß der actione Injuriarum Beklagte die Lästerung mit laugne, es præsupponirt also der Art. daß die Lästerung ausser Gericht geschehen, und deßwegen der Beklagte vor Gericht gefordert worden seye deme der Art. die Prob der Lästerung zulasset, wann dem gemeinen Weesen nutzt, solches bekannt zu seyn, es thut also unser Art. disen Unterschied unter der ausser Gericht, oder inner Gericht geschehenen Lästerung nicht approbirn, wie in der That scheint, daß die Cameralisten ein gleiches halten, weil sie ohne Unterschied reden, daß die probirte Wahrheit den Injurianten von der Straff befreye, wann die Endeckung dessen zu des gemeinen Weesen Nutzen gericht. Was von dem Pasquil zu sagen seye, werden wir bey dem 8. Art. sehen; Und, daß diß unserer Land-Recht standhaffter Sentenz seye, erhellet aus deme, weilen, wie wir Kurtz hernach sehen werden, von Gerichtlichen Lästerungen ein andere Verordnung nachfolgt, welche ja supponirt, daß die vorige Verordnung hauptsächlich von ausser Gerichtlichen Lästerungen zu verstehen seye.

8. Drittens aber wird gefragt, ob, wann wegen den Injurien ein Streit sich erhoben, und der Beklagte sich zur Prob der Lästerung erbiettet, diß in eben disen Gericht geschehen könne? Und wir vermeynen, es seye mit einem Unterschied zu antworten, ob die Actio injuriarum Criminaliter, das ist, Malefizisch, oder Burgerlich angestellt worden? Dann es ist bekannt, daß wegen jeder Injuri, gleichwie wegen jedwederen Delicto publico und privato ein doppletes Gericht entspringe, nehmlich das Burgerliche und Maleficische, deren daß eine der Nutz der Privaten, das andere die allgemeine Zucht erfordert. L. 9. §. 5. ff. de publican. Farinac. consil. 96. n. 41. Mynf. ad Rubr. tit. de oblig. quæ ex delict. n. 4. nun wird Burgerlich gehandlet, wann der Injurirte seine Injuri schätzt, und begehrt, seinen Gegner in eine gewisse ihm zu kommende Straff zu verfällen, item wann gehandlet wird um Wiederruffung der injuriosen Wort, mit Begehren, daß der Injuriant die Lästerung wiederruffe, und bekenne, daß er mit Unrecht die Schmach ausgestossen habe, und um Verzeihung bitte. Mynf. ad §. in summa 10. Inst. de injur. Gail. 1. obs. 65. n. 2. Hartm. lib. 2. tit. 49. obs. 3. n. 6. Wann aber der Kläger begehrt, daß der Injuriant am Leib, oder um ein dem Fisco zu fallen sollendes Geld gestrafft werden soll, so wird gesagt, daß er Malefizisch klage. Jetzt Antworten wir auf die Frag, dann der Injuriant dem Kläger ein solche Lästerung vorgeworffen hat, welche eine Todts-Straff nach sich ziehet, oder eine andere Leibs-Straff, der Injurirte aber nur Burgerlich klagt, daß der Beklagte, der sich erbiettet, die Lästerung zu erweissen, bey der angestellten Actione Injuriarũ civili nicht angehört werde. Und also verstehe ich die Wort unsers Art. der mag das wohl thun, doch anderst nicht, dann wie Malefiz Recht ist. Das ist, er kan wider den Injurirten Criminaliter verfahren. Wann aber die vorgeworffene Lästerung keine Leibs-Straff nicht nach sich ziehet, als wann einer ein Lugner, Ritziger, Blind, Krump gescholten wird, so kan der Injuriant zur Prob der Lästerung so wohl in der Burgerlich als Criminaliter angestelten Injuri Klag zu gelassen werden, unterdessen wird er durch Erweisung der Wahrheit von der Straff nicht befreyet, weil dem gemeinen Weesen nichts daran liegt, zu wissen, daß der ander Blind oder Ritzig seye.

Viertens wird gefragt, was zu sagen seye, von denen Injurien? Lästerungen, welche einer dem anderen zur Defension seines Rechts bey Gericht vorwirfft? Dann die Sach ist bey denen Gerichts Rabulisten so weit gekommen, daß sie gegen ein ander mehrer mit Lästerungen als mit Rechts Satzungen streitten, und vermeynen, daß sie sicher seyen, wann sie die Protestation einwenden, daß sie solches nicht thun, um den anderen zu Injurirn, sonder zur De- 3.

fension ihres Rechts. Von disen nun sagen wir 1. daß, wann sie solche Lästerung dem Gegentheil Gerichtlich vorwerffen, welche ein Leben oder Leibs-Straff nach sich ziehet, und dem gemeinen Weesen daran ligt, zu wissen, solche weit so mehr zur Prob zuzulassen seyen, als jene, welche solche Lästerung ausser Gericht vorwerffen, wann nur die Prob geschieht, wie Malefiz-Recht ist. Wann aber 2. ein solche Lästerung dem anderen bey Gericht vorgeworffen worden, welches zu wissen dem gemeinen Weesen nicht angehet, unterdessen doch dem anderen, der die Prob macht, in seinem Recht nutzen kan, so wird zwar solcher Vorwurff gestattet, und der Vorwerffer zur Prob gelassen, wann aber er mit der Prob unterligt, wird er für einen Injurianten gehalten, wird auch durch die eingewendte Protestation nicht entschuldiget, daß er den Vorwurff ohne zu injuriren gethan habe, weil dise Protestation der That zuwider strebet, dann er hätte vilmehr sollen abstehen, als in solche Wort heraus brechen, welche er nicht probiren kan, die doch aus ihrer Natur injurios seynd. Zum Exempel: Einer wirfft seinem Gegner vor, er sey excommunicirt, und also nicht berechtiget, wider ihne eine Gerichtliche Klag zu führen. Die Exception zwar wird zugelassen, weil sie die Klag ausschließt, wann aber der Beklagte die Excommunication nicht probiren kan, so wird er für einen Injurianten gehalten. Ingleichem, wann einer wider den anderen petitione hæreditatis klagt, und der Beklagte excipirt, daß er ihne für einen rechtmässigen Bruder nicht erkenne, sondern allein für einen Bastarden, so ist ja die Exception anzunemmen, wann jedoch der Beklagte dise nicht probirt, so ist er ein Injurant. Wann aber 3. einem in Gericht solche Lästerungen vorgeworffen werden, welche zur Defension ihres Rechts lediglich nichts dienen, als, wann einer seinen Gegner einen Versoffnen, Ritzigen, Krumpen schilt ꝛc. der wird für einen Injuranten gehalten, wann er schon die Lästerung probiren und wahr machen will, weilen solche Prob nichts zur Defension seines Rechts dienet, sondern nur das böse verbitterte Gemüth an Tag legt. Und also 4. Krafft unsers dem Injurirten frey stehet, ob er, weilen dise in Worten bestehende Injurien weder eine Todts-oder Leibs-Straff betreffen, deren Prob nothwendig den Criminal-Proceſs erfordert, alsogleich in eben disen Gericht die Injuri einklagen wolle. Was ist aber Rechtens, wann einer die vorgeworffene Injurien nicht sogleich in eben disen Gericht rächen, sondern darüber einen besonderen Proceſs anstellen will? Und wir sehen nicht, daß etwas im Weeg stehe, daß er diß nicht thun könne, wann er nur die Gerichtlich zugefügte Injurien zu Gemüth ziehet, und die besondere Klag seiner Zeit anstellet.

Fünfftens wird gefragt, weil wir bißhero allzeit geredt haben von dem Beklagten, welcher actione injutiarum belangt worden, und die Injuri nicht widerspricht, und sich erbiettet die Wahrheit zu erweisen, was zu sagen seye, wann der puncto injuriarum Beklagte die Injuri zugefügt zu haben widerspricht? Der Art. antwortet, daß der Klager die Prob machen müsse, welches an sich selbsten klar ist, wann nun er den Beklagten mit den Proben überweißt, so ist abermahlen ein Unterschied zu machen, ob die Injurien, wegen welchen der Beklagte überwiesen worden, ein Lebens-oder Leibs-Straff betreffen, oder so beschaffen seyen, daß selbe nicht malefizisch seynd, wie wir oben schon ausgelegt haben: In solch beyden Fall zwar ist der Beklagte den Widerruff zu thun schuldig, und gehalten, und muß dem Richter die Buß bezahlen, doch also, daß in dem Fall, wo Criminal-Lästerungen vorgeworffen werden, die Straff schwärer seyn muß, als wo nur geringere Schmähungen vorgeworffen werden, weilen die Straffen allzeit nach der Waag der Verbrechungen abgewogen werden müssen. Es kan doch der Richter nach seinem Ermessen nach Schwäre der That auch auf eine Leibs-Straff antragen, und den Injuranten relegiren, oder ins Elend verschicken, selben peitschen, in der Gefängnuß mit Wasser und Brod abspeisen lassen, welches von denen höheren Richtern zu verstehen ist, die in Criminal-Sachen die Jurisdiction haben. Wurmser tit. 47. lib. 1. obs. 2. Wesenbec. §. superiorem in parat. n. 16. ff. de injur. Schneidew. ad §. in summa 10. n. 6. 7. 8. Inst. de injur. Ubrigens, gleichwie die Grösse der Injurien die dem Richter zu bezahlen habende Straff vergrössert, also scheinet, daß auch unser Art. eine schwärere Widerruff-und Abbittung bey schwäreren Injurien erfordere, als bey geringeren, dann in dem ersten Fall muß der überwießne Beklagte sich selbsten zum Lugner machen, und bey der offentlichen Widerruffung sagen, daß er die injuriose Wort ohne alle Wahrheit ausgestossen habe, in dem anderen Fall aber muß der Richter sprechen, daß der Beklagte den Kläger unrechtmässig injurirt habe, und also verbunden seye, den Kläger zu bitten, daß er ihm um GOttes Willen die Injuri nachlasse, was aber ein und andere Formul für eine Würckung habe, werden wir sehen bey dem 10. Art. 4.

Sech-

5. Sechstens wird gefragt, weilen unser Art. allein redet von der Actione injuriarum, welche angestellt wird um Widerruffung der ausgestoßnen injuriosen Wort um Satisfaction wegen des Ruffs, und der Ehr, von welcher Action handlet Gail. 1. obs. 65. Mynf. ad dict. §. 10. Inst. de injur. Ob dise Actio allein bey uns angestellt werden müsse, oder, ob auch der Injurirte die Injuri taxiren, und daß der Beklagte ein gewisse Summa Geld ihme bezahlen müsse, zu condemniren begehren könne, wovon der Art. nichts meldet? Und wir antworten, daß unsers Erachtens auch die andere Arth zu klagen um Condemnirung in ein gewisse Geld-Summ nicht aufgehoben seye, dann was nicht geändert wird, das bleibt stehen; Es scheint, daß unser Art. von darumen allein von der Action um Widerruff rede, weil dise am öfftisten geschieht, weil ehrliche Männer ihren Ruff und Ehr mehr schätzen, als daß sie solche um Geld schätzen lassen, wann aber einer so schlecht seyn will, und für seine verletzte Ehr Geld nemmen, das stehet unsers Erachtens in seinem freyen Willen. Diser Art. redet von der mehr üblichen Arth die Injurien zu rächen, das ist, durch offentliche Abbittung, bricht aber dem gemeinen Recht nichts ab, welches auch die Rächung der Injurien durch Geld Ansetzung zulaßt. Worüber der 4. Art. 1. Tit. des summarischen Proceß, und der 9. Articul dises Tituls gelesen werden kan.

6. Sibendens wird gefragt, ob nicht die Actio um Widerruffung zugleich mit der Actione æstimatoria könne angestellt werden? Und es scheint, es sey mit Nein zu antworten. Aus Ursach, weilen sie auf ein einziges Zihl und End abzihlen, nemlich Ersetzung des Ruffs und der Ehr, wann also eine aus beyden erwählt worden, so hat die ander nicht mehr Platz, dann es muß ihme selbsten zumessen, welcher die Actionem æstimatoriam vor der Action ad palinodiam erwählt hat, wie die Geld Girige zu thun pflegen, weil wann einer einmal durch Geld sein Satisfaction erlangt hat, wie kan er eine weitere Satisfaction durch die Widerruffung begehren, daß er nicht die Satisfaction dopplet erlange? Gleichwie ingleichem die DD. sagen, daß man wegen einer Injuri zugleich nicht Burgerlich und Malefizisch klagen könne, und zwar civiliter um Geld, so dem Kläger zukommt, und criminaliter um eine Leibs oder Geld-Straff, so dem Fisco zufallt, weil dise Actiones auf ein einziges Zihl und End ihr Absehen haben, und folglich wann eine erwählt worden, die ander nicht mehr Platz hat. L. nemo ex his 43. §. 1. ff. de R. J. Mynsing. dict. §. 10. n. 4. Inst. de injur. Schneidew. ibidem n. 2. Hartm. Hartm. lib. 2. tit. 49. obs. 3. n. 9. Dessen doch ohnerachtet enthaltet der 9. Art. dises Tituls ausdrucklich das Widerspiel in sich, daß solch beyde Actiones um Geld, und Widerruffung mit einander angestellt werden können, Krafft der Wort: Neben oder begehrte Abbitt. Es scheint, daß zum ersten disen Sentenz approbirt habe Gail. 1. obs. 65. welchem hernach nachgefolgt ist Mynf. obs. 98. cent. 2. Wesenbec. consil. 22. n. 24. & seq Schrad. de feud. part. 9. sect. 6. n. 51. Und gantz neu Spekan. cent. 1. quæst. 66. n. 5. & Berlich lib. 5. conclus. 62. schreittet noch weiter, da er will, daß nicht allein die Actio ad Palinodiam mit der Burgerlichen angestellten Actione Injuriarum æstimatoria, sondern auch mit der criminaliter angestellten Action angestellt werden könne, welches auch lehret Nicol. Reuser lib. 2. cons. 19. n. 26. in welchem ich gewiß sehr anstunde, weil in der Wahrheit solch beyde Actiones, das ist, die revocatoria, und æstimatoria auf ein Zihl absehen, nemlich auf Ersetzung der Ehr und guten Leumuths, so offt aber zerschiedene Actiones auf ein eintziges Zihl absehen, so offt thut die erwählte die andere ausschliessen, wie wir kurtz zuvor erwisen haben, weilen aber unser Gesatz in dict art. 9. klar ist, so muß es also observirt werden.

7. Achtens wird gefragt, ob wenigist mit der Burgerlich oder malefizisch angestellten Actione injuriarum auch die Actio L. aquiliæ mit angestellt werden könne. Zum Exempel, in actione injuriarum reali, wann einer verwundet worden, oder einen anderen Schaden erlitten hat, ob einer um die Chur-Kösten, und Ersetzung des Schadens zum Exempel wegen ausgehauenen Bäumen, zerrissenen Garten-Thill, und dergleichen Beschädigungen ex L. aquilia klagen könne? Und wir antworten mit Ja, aus Ursach, weilen zwey Actiones aus einem Verbrechen entspringen, deren eine zu Ersetzung des Schadens, die andere aber zur Rach der Injuri abzihlt, so wird eine durch die andere nicht aufgehoben, dann sie auf zweyerley End absehen, nemlich die Actio L. aquiliæ zu Ersetzung des Schadens, und die Actio injuriarum um Ersetzung der Ehr, zehren also einander nicht auf, dann es ist ein andere Schätzung des Schadens, und ein andere der Schmach. Gail. lib. 1. obs. 65. n. 1. & 2. Hartm. dict. obs. 3. n. 8. Mynsing. 1. obs 25. Wesenbec in parat. ad tit. ff. de injur. n. 14. Wo er sagt, daß die Actio L. aquiliæ mit der Action

Action injuriarum zugleich angebracht werden könne. Mit disem kommt über eins unser Art. wo er zu Ende sagt, daß der Kläger (wie wir auslegen, auch in der Injuri Klag) seinen Schaden, welchen er durch die Injuri erlitten hat, sonderheitlich und Articuls weiß begehren könne, und so vil der Richter dem Injurirten und Beschädigten zuspricht, solches muß nebst deme auch, was in Ansehung der Injurien zugesprochen worden, bezahlt werden.

8. Die letzte Frag ist, was Rechtens seye, wann einer den anderen Actione injuriarum belangt, aber die Prob ermanglet? Und es antwortet unser Art., daß der Kläger dem Beklagten allen Schaden ersetzen müsse, welchen er wegen solch muthwillig angestellter Action erlitten hat; Aus Ursach, weilen sie ein ander ex quasi contractu verbunden seynd. Gleichwie nun der Kläger, so die Victori erhaltet, neben Zuruckstellung der Ehr vom Beklagten die Ersetzung des Schadens und Interesse bekommt, also auch, wann er mit der Prob unterligt, muß er hingegen dem Beklagten allen Schaden und Interesse ersetzen. Was die Straff betrifft, sagt unser Art. daß er dem Richter für die Straff die Helffte von jenem bezahlen müsse, in was der Beklagte wäre verfällt worden, wann er wäre überwiesen worden, in welchem unser Art. gar zu gut ist, weil dergleichen muthwillige Strittling gantz billig eine gleiche Straff verdieneten.

Der dritte Articul.

Würdet jeman geschmäht allein mit Worten, der soll sein Recht ersuchen inner Jahrs Frist, nachdeme er solcher Schmach Wissenschafft bekommen, liesse er aber solche Jahrs-Zeit stillschweigend verschleichen, dem ist man deßhalben ferner zu antworten nicht schuldig. Ist aber die Schmach nicht nur mit blossen Worten, sondern in Schrifften, oder auch schmächlich Gemählde, oder mit der That, an des andern Leib oder Guth beschehen, so mag der Beleydigte, auch nach Jahr und Tag, sein Recht gegen dem, der ihme die Schmach zugefügt, und seinem Mit-Helffer suchen, allermassen anderer Persöhnlichen Klagen halben in Rechten versehen ist.

Summaria.

1. Wie lang die *Actio injuriarum* daure?
2. Ob die *Actio* wegen Schelt-Worten und um deren Widerruffung allein ein Jahr lang daure?
3. Ob diser zur Verjährung der *Injurien* vorgeschriebne Jahr-Gang an einander lauffe ohne Unterbruch?
4. Ob nicht die schrifftlich zugefügte *Injuri* 30. Jahr daure?
5. Was für ein Unterschied unter einem *Pasquil*, und unter der schrifftlich zugefügten *Injuri* seye?
6. Bey welchen *Injurien* die *Actio L. Cornelia* Platz habe?
7. Ob bey allen *Injurien* die Mit-Helffer oder *Procuratores* um gleiche Straff gehalten seyen, wie die Haupt-Persohnen?

1. In disem Art. wird ein eintzige Frag gestellt, wie lang nemlich die Actio injuriarum daure? Bey denen DD. ist über dise Materi ein weitläuffiger Disput, einige vermeynen, daß die L. Cornelia, welche doch nur in gewissen Fällen Platz hat, eine 30. Jahr lang daurende Action zueigne, weil sie Burgerlich ist, das Prætorische Edict aber eine nur 1. Jahr daurende Action mittheilet, welchen Sentenz auch die Cammeralisten zu Speyr approbirt haben, wie bezeuget Mynſ. cent. 1. obſ. 84 & cent. 5. obſ. 7. Aber unser Art. macht einen anderen Unterschied, nemlich unter der mit Worten, und der mit der That zugefügten Injuri, und 2. und unter der mit blossen Worten, oder schrifftlich, oder durch Gemähl zugestossnen Injuri.

2. Was die Action wegen mündlichen Injurien betrifft, kommen schier alle über eins, daß dise nur ein Jahr lang daure; Aus Ursach, weilen es ein Prætorisches Mittel ist, die Prætorische Mittel aber dauren gemeiniglich nur ein Jahr, welches keinen Zweiffel leydet, was die actionem æstimatoriam belangt, weil sie sich allein in der Prætorischen Authorität betrifft, weil Lex Cornelia nur in 3. Fällen die Rach der Injuri zugelassen hat, nemlich wann einer gebrüglet, geschlagen, oder sein Hauß mit Gewalt vom anderen überfallen

fallen worden. Was ist aber von der Action um Widerruffung der zugefügten mündlichen Injuri zu sagen, kan wohl dise nach Umlauff eines gantzen Jahrs bey Gericht noch angebracht werden? Die Ursach zu zweifflen ist, weilen anscheint, daß dise Actio Burgerlich seye, die Burgerliche Actiones aber dauren gemeiniglich 30. Jahr lang. Ludov. Schrad de feud. part. 9. sect. 6. n. 51. Wo er sagt, daß die Action um Widerruffung sowol dem gemeinen Recht nach, als auch denen Reichs-Constitutionen gemäß 30. Jahr lang daure, welches auch approbirt Bernard. Græv. ad Gail. dict. obs. 65. n. 7. & seq. Weilen aber unser Art. die Actionem um Widerruffung bey mündlichen Injurien von der jährlichen Præscription nicht ausnimmt, so vermeynen wir, daß die Action um Widerruffung nichts besonders habe, absonderlich, weilen vile DD. seynd, welche wollen, daß ein jedwedere Action über Injurien, die auch ex lege Cornelia zustehet, in einem Jahr-Lauff erlösche, und diß Krafft des Text in L. si non convitii 5. Cod. de injur. wo die Kayser Diocletianus und Maximinianus glathin sagen, daß allen Actionen über Injurien inner einem Jahr præscribirt werde. Wesenbec. in parat. ff. de injur. n. 15. Wurmser lib. 1. tit. 47. obs. 1. n. 2. Mynsing. cent. 5. obs. 7. Oldendorp. in class. forens. act. class. 7. act. 10. quæst. 7. Weil dem gemeinen Weesen daran ligt, daß die Injurien leichtlich vergessen werden, weil kein bessere Ruhe seyn kan, als wann die Gerichter von dergleichen Händel leer seynd. Obwohlen wir nicht widersprechen, daß die widrige Meynung bey denen Rechts-Gelehrten gemeiner seye, welche sagen, daß die Actio um Widerruff Burgerlich seye, und 30. Jahr lang daure.

3. Wann man fragt, ob dises zur Præscription vorgeschriebne Jahr ohnunterbrochen fortlauffe? So kan dise Frag dopplet verstanden werden, ob nemlich das zur Præscription der mündlichen Injurien vorgeschriebne Jahr an Feyer- und Werck-Tägen fortlauffe, dann wir wissen, daß in Burgerlichen Sachen die Feyertäg, wo man zum Richter nicht kommen kan, nicht abgezogen werden. Hingegen aber, wird die vom Prætore vorgeschriebne Zeit tempus utile genennt, weil solche Zeit an Feyertägen nicht laufft, und deßwegen lassen einige disen Unterschied auch in der Materi der mündlichen Injurien zu, also daß, wann man ex edicto Prætoris klagt, das Jahr müsse verstanden werden mit Abzug der Feyertäg, wann man aber Actione civili klagt, so laufft die Zeit sowol an Feyer- als anderen Tägen fort, Krafft dises Unterschieds nun wäre ja wieder ein Unterschied zu machen unter der Action injuriarum um Widerruffung, welche Burgerlich ist, und unter der Action injuriarum, wodurch die Injuri zu Geld angeschlagen wird, welche Prætorisch ist. Diser Unterschied aber wird gemeiniglich verworffen, weilen die meiste Authores auch wollen, daß bey der Action injuriarum, welche Prætorisch ist, das Jahr an Feyer- und Werck-Tägen ohnunterbrochen fort lauffe. Wurmser in obs. suis. cit. tit. 47. obs. 1. n. 2. Hartm. Hartman. tit. 49. obs. 2. n. 2. Oldendorp. loc. cit. quæst. 7. Wo er die Ursach beysetzt, weil dise Meynung zu schnellerer Vergessung der Injurien abzihlt, und also beysetzt, er wolle lieber in dergleichen Fällen ein Author der Vergessenheit genennt werden, als eines beständigen Haders. Auf eine andere Weiß wird Annus continuus genennt, welches Jahr auch dem Unwissenden laufft, und utilis Annus, welches Jahr erst anfangt zu lauffen von der Zeit der Wissenschafft. Man vermeynt gemeiniglich, daß das zur Præscription der mündlichen Injurien vorgeschriebne Jahr utilis seye, welches von der Zeit der Wissenschafft, und nicht von Zeit der zugefügten Injuri laufft. Gail. 2. obs. 105. n. 3. Wurms. cit. observ. 1. n. 2. und Myns. cit. obs. 7. n. 7. Dessen ist die Ursach, weilen die Verjährungen wider die Prætorische pœnliche nur ein Jahr lang daurende Actiones wegen Verweilung und Nachlässigkeit der nicht Klagenden lauffen, dem Unwissenden aber kan kein Nachlässigkeit zugemuthet werden, also auch kan wider ihne die Præscription von einem Jahr nicht lauffen.

Ein anderes ist zu sagen von der schrifftlichen zugefügten Injuri, dann weil 4.
die Schrifft ewig verbleibt, so wird erachtet, daß auch die Injuri ewig verbleibt, und so lang die Schrifft daurt, selbe widerhollt werde. Wir reden hier allein von der simplen schrifftlich zugefügten Injuri, und nicht von einem Pasquil, oder infamen Schrifft, wovon wir im 8. Articul handlen werden, zumahlen ein Pasquil eine schärffere Straff verdient, als eine simple schrifftliche Injuri. Wann man fragt,
was für ein Unterschied seye unter dem Pa- 5.
squil, und unter der schrifftlich zugefügten Injuri? So antworten wir kein anderer, als welcher unter dem grössern und wenigern ist: Es wird also zum Pasquil erfordert, daß einem ein gewisses, sonderbares, schwäres, und infames Laster in einem abschneiderischen und diffamirlichen Zettul vorgeworffen wird, welches, wann wahr wäre, ein Lebens-Straff, Aushau-

 ung

ung, Relegation, oder andere Leibs-Straff nach sich ziehete, wann aber vorbesagter massen einer in Schrifften allein mit schimdchlichen Nähmen durchgezogen, und ein Einaugiger, ein Krumper, Alberer, ein Huren-Kind, oder Spitzbub genennt wird, rc. eine solche Schrifft ist kein Pasquill, sondern ein injuriose Schrifft, welche zu rächen nicht allein eine nur ein Jahr lang daurende, sondern ein 30-jährige Action gestattet wird; Eben dises ist zu sagen, von Gemählen, wann einer zum Exempel, dem anderen Esel-Ohren zumahlet, dises Gemähl thut den anderen über ein solches Laster nicht infamiren, welches ein Lebens-oder Leibs-Straff nach sich ziehet, und also verfallt der Injuriant nicht in die Straff famosi libelli, sondern in die Straff der verbleibenden Injurien, daß folglich die Actio injuriarum so lang dauret, so lang die Schrifft verhanden ist, es ist also ein jeder famosus libellus ein injuriose Schrifft, aber nicht ein jedwedere injuriose Schrifft ein Pasquil. Lese was bey dem 8. Art. geschrieben stehet.

6. Was die thätliche Injurien betrifft, haben wir kurtz zuvor gesagt, daß die Actio ex lege Cornelia perpetua seye, weil sie Burgerlich ist, weilen doch die Actio legis Corneliæ nur in 3. Fällen Platz findet, als, wann einer den anderen schlagt, brüglet, oder mit Gewalt in sein Hauß eindringt; Hingegen aber es mehrere und schier unzahlbare Gattungen solcher mündlichen Injurien gibt, deren eine grosse Anzahl Berlich. loc. cit. lib. 4. conclus. 62. erzehlet, und unser Art. ausdrucklich verordnet, daß die Actio wegen thätlicher Injuri perpetua seye, und so lang daure, wie andere Burgerliche Actiones perpetuæ, dahero erhellet klar genug, daß wir kein Ursach haben auf den Text des Legis Corneliæ und die darinn enthaltene 3. Gattungen allein zu sehen, wir wollen doch nicht mit Durchsuchung der Gattungen aller Real-Injurien die Zeit verzöhren, weil der geneigte Leser solche genau entnemmen kan aus Berlich. loc. cit. und aus dem Collegio argentor. ad tit. ff. de injur. Uns ist unser Art. genug, welcher fur eine thätliche Injuri haltet, so offt einer entweders am Leib, oder an seinen Güthern eine Schmach leydet. Wann jener DD. Meynung wahr ist, welche darfür halten, daß alle Rächung der mündlichen und thätlichen Injurien per L. si non convitii 5. Cod. de injur. nur jährlich gemacht worden, so muß man hier einen Unterschied unter dem gemeinen, und unsern Land-Recht anmercken, obwohlen in der Wahrheit besser geschehen wäre, wann zu Austilgung dergleichen famosen Processen die gemeine Meynung der Rechts-Gelehrten wäre approbirt worden. diff.

7. Letztlich ist zu mercken, daß bey dergleichen injuriosen Schrifften, Gemähl, und thätlichen Injurien, die Mit-und Beyhelffer, oder Anwäld, um gleiche Straff gehalten seyen, wie die Principalen; Aus Ursach, weilen der Befehls-Geber für den Thäter gehalten wird, und eins ist, selbst verbrechen, oder dem Verbrecher Hülff leisten. L. non solum 11. in princ. ff. de injur. L. non ideò 5. Cod. de accus. Ein gleiches ist, wann einer eine injuriose Schrifft selbst nicht gemacht, sondern ausgesprengt hat, solche abschreiben lassen, oder sich auf andere Weiß daran hat theilhafftig gemacht. Wie wir bey dem 8. Art. von dem Pasquil ein mehrers reden werden.

Welcher ein mehrers über dise Frag, ob die schrifftlich zugefügte Injuri für thätlich, oder mündlich zu halten, und ob die Actio annalis oder perpetua seye, zu lesen verlangt, der lese die hin und wider streittende DD. als den Gail. lib. 2. obs. 104. per tot. Wurms. tit. 47. obs. 11. Fachin. lib. controv. 9. cap. 9. Schult. in addit. ad coler. decis. 167. n. 5. Und von thätlichen Injurien Hartm. Pistor lib. 4. quæst. 20. wo er der Länge nach disputirt, welche für thätliche Injurien, neben denen 3. Gattungen, wovon wir oben gemeldet haben, gehalten, und ex lege Cornelia actione civili perpetua gerächet werden, uns ist genug, daß wir einen ausdrucklichen Text haben, Krafft dessen so wol die schrifftliche, als thätliche Injurien ohne Unterschied für thätliche gehalten werden, und also die deßwegen zustehende Actiones 30. Jahr lang dauren.

Der vierte Articul.

Wo der beklagte Schmächer, oder Injuriant verstirbt, ehe und zuvor im summarischen Procesß erstesmal Antwort geben, oder in ordentlichen Rechten den Krieg befestiget, so ist die Klag erloschen, und desselben Erben, um die geklagte Schmach zu antworten nicht schuldig, es hätt dann der verstorbne Beklagte die Antwort fürsetzlich verzogen, und wäre deßwegen für einen wahren Ungehorsamen erklärt worden; Dann in solchen Fällen,

Fällen, wann nemlich der Beklagt im summarischen Process allbereit einmal Antwort gegeben, oder in ordentlichem Rechten den Krieg befestiget hätt. Item wann man ihne für einen wahrhafften Ungehorsamen erklärt, seyn die Erben das Recht zu vollführen schuldig, allermassen als der beklagte Schmächer, da er noch lebte, thun müßte, ausgenommen daß die Erben den Widerruff zu thun nicht schuldig.

Hätte aber der Schmächer aus der Schmach, die er einem anderen angelegt, einen sonderbaren Genuß, an Geld oder an Guth, bekommen, dardurch dann auch seine Erben, um so vilmehr aus der Erbschafft reicher worden, seynd sie hierumen, so weit sich solcher Genuß erstreckt, Antwort zu geben schuldig, ob gleich der Verstorbne kein Antwort geben, oder den Krieg Rechtens nicht befestiget hätt, noch auch er für einen wahren Ungehorsamen erklärt worden.

Summaria.

1. Ob die *Actio injuriarum* wider des *Injurianten* Erben Platz habe?
2. Was Rechtens, wann der *Injurirte* mit dem Schmächer den Krieg schon befestiget hat, und wann erachtet werde, daß der Krieg befestiget worden seye?
3. Was Rechtens, wann der Beklagte für ungehorsam erklärt worden? Und wer wahrhafft für einen Ungehorsamen gehalten werde?
4. Wann der *Injuriant* wegen zugefügter *Injuri* einen Nutzen erlangt hat, mit welchem die Erben reicher worden, ob und in wie weit sie gehalten seyen?
5. Ob nicht denen Erben die Rach der *Injuri* zustehe, wann der *Injurirte* gestorben, ehe er die *Injuri* zu Gemüth gezogen, und deßwegen eine Klag angestellt hat?
6. Was Rechtens, wann der Erb den *Injurirten* erbt, ob ihme in eignen Nahmen wegen der dem Verstorbenen zugefügten *Injuri* eine *Action* zustehe?
7. Ob die *Actio* um Widerruffung, wann schon mit dem Verstorbenen der Krieg befestiget worden, auch auf den Erben verfallen könne?

1. In disem Art. wird eine eintzige Frag aufgelößt, ob nemlich die Actio injuriarum wider den Erben des Injurianten Platz habe? Dann setze der Injuriant seye gestorben, vor er wegen zugefügter Injuri beklagt, oder der Krieg befestiget worden, gewiß und unfehlbaren Rechtens ist, daß wider des Injurianten Erben keine Actio Platz finde. §. 1. Inst. de perpet. & tempor. act. L. si eum 10. §. qui injuriarum ff. si quis caut. in judic. sist. fact. & L. injuriarum in princ. ff. de injur. Mit welchen Texten diser unser Art. auch einschlagt, wo doch einige merckwürdige Ausnahm beygesetzt werden.

2. Der erste ist, wann nicht der Injurirte mit dem Injuranten den Krieg schon befestigt hat. Aus Ursach, weil durch die Kriegs-Befestigung bey Gericht gleichsam contrahirt wird. L. 3. §. Idem ff. de pecul. und der Stritt verewiget wird, L. ult. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. L. non solet ff. de R. J. Und dahero, obwohlen die Actio injuriarum nur ein Jahr dauret, so ist doch ein anderes, wann der Krieg befestiget worden, weil durch die Kriegs-Befestigung der Stritt verewiget wird, also daß die Erben des Injurianten darum verbunden bleiben. Wesenbec. in parat ff. de injur. n. 13. Welches unser Art. also auslegt, daß im summarischen Process des Injurianten Erb verbunden bleibe den Handel auszumachen, wann man setzt, daß der verstorbne Injuriant auf die wider ihn angestellte Klag bey Gericht geantwortet habe; Die Ursach ist, weilen die erste Gerichtliche Antwort in dem summarischen Process für die Kriegs-Befestigung gehalten wird: Art. 1. Tit. 6. des summarischen Process. Aus welchem folget, daß, wann schon der Injurirte seine Actionem injuriarum würcklich angestellt, und die Klag-Schrifft dem Richter überreicht, und also den Stritt angefangen hat, der Krieg aber noch nicht befestiget worden ist, der darüber erfolgte Todt die Injuri auslösche, samt dem angefangenen Stritt, der nicht contestirt worden, und also die Regul Platz finde, daß der Erb wegen des Verstorbnen Verbrechen nicht gehalten seye. L. unica Cod. de delict. defunct. §. non autem omnes Inst. de perpet. & tempor. act. Weil die Verbrechen ihre Urheber halten, und die pœnal und famosæ Actiones, dergleichen die Actio injuriarum ist, auf die Erben nicht überfallen. dict. §. non autem omnes Inst. de perpet. & tempor. act. Obwohlen auch einige DD. seyn, wann die Klag dem Fürsten übergeben worden, welches aber unser Articul nicht approbirt.

3. Der andere Ausnahm ist, wann der actione injuriarum Beklagte den Stritt hinaus zu verschieben getrachtet hat, biß er für einen wahren Ungehorsamen erklärt worden. In welchen Fällen einer für einen wahren Ungehorsamen erklärt werden könne, ist in der Gerichts-Ordnung enthalten, wo gesagt wird, daß 1. jener ein wahrhafft Ungehorsamer seye, der unter Augen peremptorisch citirt worden, und sich ausdrucklich erklärt hat, daß er nicht erscheinen wolle, obwohlen er ohne Widerred der Jurisdiction unterworffen sey. Item 2. der unter Augen peremptorisch citirt worden, aber lediglich nichts gesagt hat, und auf den angesetzten Tag nicht erschienen ist, wird für einen wahren Ungehorsamen gehalten, wann er schon seines Ausbleibens halber rechtmässige Entschuldigungs-Ursachen gehabt hätte. Endlich 3. wann die Citation nicht unter Augen, sondern allein zu Hauß, oder am Ort der Wohnung geschehen ist, so wird zwar der Citirte præsumptivè für einen wahren Ungehorsamen gehalten, wann er nicht erschienen ist, unterdessen wird ihme zugelassen, sich von Ungehorsam zu entschuldigen und zu purgiren. All dise Ursachen nun verhindern nicht, daß nicht die Actio injuriarum nach verstorbnen Injurianten erlösche, wann nicht zugleich auch des Richters Erklärung darzu gekommen, wodurch er für ungehorsam durch einen bey Bescheid erklärt worden, oder da der Richter so weit geschritten, woraus zu erkennen, daß er ihne für ungehorsam halte, dann obschon nicht darfür gehalten wird, daß der Krieg befestiget worden, so wird doch für unbillig angesehen, daß der puncto injuriarum Beklagte sich durch seinen Ungehorsam von diser Action in so weit befreyen könne, daß solche auf die Erben nicht überfallen soll. Wird also jenem gleich gehalten, der auf die Citation gehorsamlich erschienen ist, und den Krieg befestiget hat. Damit nicht der Ungehorsame besser seye, als jener, der die Citation verweilet, und gehorsam ist. Uber dise Frag kan gelesen werden Baldus in L. si cum judicio 10. §. qui injuriarum 2. ff. si quis Caution &c. Tyraquell de retract. lignag. §. 15. Gloss. 2. n. 5. Hart. pistor. part. 1. quæst. 28. n. 7. Weil nach deren Meynung jener, der sich solcher Ausflüchten bedienet, damit er die Kriegs-Befestigung umgehe, darfür gehalten wird, als wann er den Litem würcklich contestirt hätte.

4. Der dritte Ausnahm ist, wann der Injuriant wegen der dem dritten zugefügten Injuri einen Gewinn oder Nutzen erlangt hat, wodurch die Erben desselben reicher worden, alsdann seynd die Erben gehalten, so vil den Gewinn betrifft, wann schon der Krieg mit dem verstorbnen Injurianten weder angefangen, noch contestirt, noch der Injuriant vor Gericht citirt, noch für einen wahren Ungehorsamen ausdrucklich oder stillschweigend erklärt worden. Aus Ursach, damit nicht der Erb wegen des Verbrechen der Verstorbnen bereicht werde, dann die ungerechte Gewinn werden dem Erben entrissen, wann schon die Verbrechen durch den Tod erlöschen. L. in hæredem 5. ff. de calum. L. 26. ff. de dol. mal. L. quod diximus 16. & L. 19. & L. 20. ff. quod met. caus. L. unica Cod. ex delict. defunct. L. cùm autem fundi 52. ff. de rei vind.

Was ist aber Rechtens, wann der Injurirte gestorben, ehe er die Injuri zu Gemüth gezogen, oder deßwegen eine Actionem injuriarum angestellt hat: Können wohl seine Erben die Injuri noch rächen? Und wir antworten mit Nein, weil sowol des Injurianten als des Injurirten Todt die Actionem injuriarum also zernichtet, daß solche denen Erben noch wider die Erben nicht mehr gestattet wird, L. injuriarum 13. & L. item 15. §. injuriarum ff. de injur. Dann weilen dise Actio vor der Kriegs-Befestigung in unsern Güthern zu seyn nicht erachtet wird, und zwar nach Zeugnuß des Ulpiani in L. injuriarum 28. ff. eod. kan solche wider die Erben nicht Platz finden, in Krafft der Regul des gemeinen Rechts, daß niemand mehr Recht dem anderen zuschieben kan, als er selbsten hat. cap. 79. ff. de R. J. in 6. Also redet gantz recht Ignat. Rath. ad tit. ff. de injur. n. 209. & seq. Hernach hat entweders der Verstorbene die ihme zugefügte Injuri gewußt, oder nicht? Hat ers gewußt, und solche nicht zu Gemüth gezogen, so wird er eben darum darfür gehalten, daß er solche Injuri durch Dissimulirung abgethan habe, wann er aber solche nicht gewußt hat, so ist ihme vor dem Todt die Action noch nicht gebohren gewesen, weilen solche erst ihren Ursprung von der Zeit der Wissenschafft hernimmt, wann noch über dasselbe zu verletzten Gemüth genommen worden, noch vil weniger also können die Erben in keinen Fall die Injuri rächen, weil auf sie keine Action hat überfallen können. 5.

Nimme aus jenen Fall, wo der Erb den Injurirten erbet, welchem in eigner Persohn wegen der dem Verstorbnen zugefügten Injuri die Actio injuriarum zustehet. Zum Exempel, wann der Vatter ein Erb des Sohns ist, der Ehe-Herr der Ehe-Frau, der Herr des Knechts 2c. über welche Fäll zu lesen ist Prosper Farinac. quæst. 105. inspect. 6. Dann solchen Falls dergleichen 6.

gleichen Persohnen die Rächung der Injuri zustehet, nicht zwar in der Persohn des Verstorbenen, sondern in eignen Nahmen, worüber die DD. ad L. 1. §. Item. ff. de injur. zu lesen seynd, Farinac. loc. cit. cum mult. ampli, & limit. Ant. Gomez de delict. cap. 6. de injur. n. 5. Wir wollen dißfalls nicht weitläuffiger seyn, weil unser Art. zur weitschichtigern Auslegung kein Gelegenheit gibt. Lese auch den Hartm. pist. lib. 4. quæst. 21. per totum. Wo er dise Frag der Länge nach ausführet. Ob allen Befreundten wegen der einem Befreundten zugefügten Injuri in eignen Nahmen eine Action zustehe?

7. Diß allein setzen wir bey, daß der Erb, er mag wegen beschehner Kriegs-Befestigung, oder wegen verschobener Justiz zu Fortsetzung der injuri Klag condemnirt worden seyn, zur Widerruff nicht angehalten werden könne; Aus Ursach, weilen die Actio ad Palinodiam zu Widerruffung der Injuri abzihlt, wie kan nun der Erb die Injuri zuruck ruffen, welche er nicht zugefügt hat, und wie kan er sagen, er habe übel gethan, der nichts gethan hat, und sich aus des anderen Mund zum Lugner machen? Wann man sagt, disemnach seye in dem Fall, da die Actio injuriarum zum Widerruff allein angestellt, und der Stritt contestirt worden, unnutzlich seyn werde? So antworten wir, wann besagter massen die Actio injuriarum um Widerruff zugleich mit der Actione æstimatoria angestellt und vergesellschafft worden, so muß ja der Erb des Injurianten zur taxirten Satisfaction condemnirt werden. Wann aber solche Vergesellschafftung nicht geschehen, sondern allein um Widerruffung geklagt worden, so bekennen wir freywillig, daß dise Action unnutzlich seye, weilen der Erb nicht revociren kan. Es antwortet zwar Berlich loc. cit. conclus. 62. daß der Erb in eine andere Buß zu verfällen seye, welches wir verstehen, daß solche Straff dem Richter, und nicht der Parthey zu bezahlen seye, weil besagter massen weder die Parthey bey denen Injuri Händlen dem Richter, noch der Richter der Parthey schaden kan. Wann also der Injuriant allein und besonders um Widerruff beklagt worden, so muß der Erb, unerachtet der Kriegs-Befestigung, oder des Injurianten Ungehorsams ledig gesprochen werden, wo dem Richter die Straff frey bevor verbleibt, welches ein besonderer Casus ist, wo auch nach der Kriegs-Befestigung die Action wider den Erben nicht perpetuirt oder fortgesetzt wird.

Der fünffte Articul.

Wann der, welcher geschmäht worden, die Schmach gutwillig nachsieht, und sich der Klag ausdrucklich verzeicht, oder mit dem Injurianten, ohne grosse nothwendige Ursach, oder ohne vorgehende Protestation, offentlich ißt, trinckt, oder andere offentliche Anzeigung gibt, daß er wiederum sein guter Freund seye, der ist um die Schmach und Schelt-Wort weiter zu klagen nicht befugt, er hätte dann sein Klag allbereit Gerichtlich angebracht, dann dieselb erlöscht in solchem Fall nicht, wann er sich gleich ohn ausdruckentlichen Verzicht, gegen dem Injurianten freundlich erzeigt, sintemahl die Vermuthung, es beschehe darumen, daß er ihme die Schmach, als ein Christ, im Gewissen, mit Vorbehalt seines Rechtens, und Ehren-Rettung, verziehen habe.

Summaria.

1. Ob die *injurien* durch einen *Pact* können nachgelassen werden, also daß so gar die *Restitution* nicht mehr zugelassen werde?
2. Ob man sich über die *injurien* vergleichen könne?
3. Ob durch *Dissimulation* die *injuri* nachgelassen werde?
4. Oder, wann einer nachgehends sich gegen den *injurianten* freundlich bezeigt ohne *Protestation* auf Hoff-Recht?
5. und 7. Ob die bezeigte Freundlichkeit nach angestellter Klag, ohne daß die Kriegs-Befestigung geschehen, die *injuri* aufhebe?
6. Ob durch die Beicht die *injuri* nachgelassen zu seyn erachtet werde?
8. Ob die Nachsicht der *injuri* durch Reu zuruck genommen werden könne?
9. Wann die *injuri* nachgelassen worden, ob nichts desto weniger die *Actio L. aquiliæ* noch Platz habe, um Ersetzung des Schadens und Kösten?
10. Ob durch Nachsicht der *injuri* der Obrigkeit was die Straff betrifft, *præjudicirt* werde?

1. Wir haben in vorigem Art. gesagt, daß die Actio injuriarum durch des Injurianten, oder des Injurirten Todt erlösche, jetzt in disem Articul wird weiters verordnet, was für andere Arthen es gebe die Action der Injuriarum auf-

aufzuheben, und unter solche wird gesetzt, wann der Iniurirte die Schmach und Iniuri freywillig nachsicht, und sich der Klag ausdrucklich begibt, dann daß die Iniuri durch einen Pact könne nachgelassen werden, ist ein ausdrucklicher Text verhanden in L. non solum 11. §. iniuriarum actio 1. ff. de iniur. & L. si sibi decem. 17. §. 1. ff. de pact. Damhaud in sua pract. crim. cap. 136. n. 29. Jul. Clarus lib. sent. 5. iniuria n. 11. Und zwar in so weit, daß die einmahl nachgelaßne Iniuri weder durch die Restitution in integrum wieder auferweckt werden kan. Faber in suo Cod. lib. 9. tit. de iniur. def. 12. Welches Farinaceus noch weiters erstreckt, daß auch die Nachricht ohne Pact gelte, wann mit blossen Worten, auch in Abwesenheit des Gegentheils geschehen ist. dict. quæst. 105. inspect. 8.

2. Die andere Frag ist, ob man sich über die Iniurien beklagen könne? Und es antwortet Farinac. loc. cit. der Vergleich seye nicht verbotten, welches an sich selbsten ohne Zweyffel ist, dann wann durch einen Pact die Iniuri nachgelassen werden kan, warum nicht auch durch einen Vergleich? Wann jedoch beym Vergleich der Iniuriant Geld zu geben versprochen hat, so wird er für infam gehalten, wann schon die Nachsicht giltig ist, und der Iniurirte das pactirte Geld annemmen, ja, nach Lehr des Covaru. var. resol. lib. 1. cap. 10. 7. auch durch Klag Gerichtlich forderen kan.

3. Die andere Arth ist durch Dissimulirung: Dann wann einer die zugefügte Schmach nicht alsogleich zur selben Zeit, wo man solche innen worden, zu Gemüth gezogen, sondern darüber gelacht, und nichts daraus gemacht hat, so entspringt die Actio iniuriarum nicht, dann dem Wollenden geschieht keine Iniuri. cap. scienti. 27. de R. J. in 6. L. nemo 145. ff. de R. J.

4. Die dritte Arth ist die stillschweigende Nachsicht, als wann einer zwar Anfangs die Iniuri übel aufgenommen, und zu Gemüth gezogen hat, nach der Hand aber sich gegen den Iniurianten freundlich zeigt, und, wie der Art. meldet, ohne grosse Noth, und ohne offentliche Protestation mit ihme isset und trinckt, und offentlich solche Anzeigungen gibt, woraus erkennt werden mag, daß er des Iniurianten guter Freund seye: Zum Exempel, wann er selben freundlich grüßt, die Hand reichet, küßt, oder sonst einen Dienst erweiset, ein solcher kan die Action iniuriarum nicht mehr anstellen, sondern er wird erachtet, er habe die Iniuri geschenckt: dann die Actio iniuriarum ist gehässig, also daß der Christlichen Sanfftmuth nach præsumirt wird, daß durch dergleichen eintzigen Act der Freundlichkeit die Iniuri erloschen, und vergessen seye. Bey uns Teutschen ist meistens der Brauch, daß solche, welche mit ihren Freunden essen, trincken, und andere freundliche Act verrichten, dises mit der Protestation thun auf Hoff-Recht, das ist, mit Vorbehalt seines Rechts. Worüber zu lesen ist Gail. de arrest. Imp. cap. 14. n. 7. & seq. Wehner. in pract. observ. lit. H. verb. Hoff-Recht, es scheint daß dise Arth unsere Land-Recht approbiren, weil sie ausdrucklich supponiren, daß die Zeichen der Freundlichkeit ohne vorgängige Protestation gegeben worden, aus welchem folgt, daß im Gegenspiel, wann protestirt worden, solche Zeichen der Freundlichkeit die Actionem iniuriarum nicht ausschliessen.

Es macht doch unser Art. einen merckwürdigen Ausnahm, daß zwar solche Zeichen der Freundlichkeit die Iniuri auslöschen, wann selbe erwiesen werden vor der angestellten Iniuri-Klag, wann sie aber erwiesen werden, nachdeme die Klag schon rechtmässig angebracht worden, wann nicht ein ausdruckliche Verzicht verhanden ist, so wird aus denen erwiesnen Zeichen der Freundlichkeit mehrers præsumirt, daß er ihme die Iniuri allein im Gewissen, als ein guter Christ, nachgesehen habe, als was die angestellte Klag betrifft. Und deßwegen ist bey denen Gelehrten die Frag, ob einer durch die Beicht anscheine die Iniuri nachgelassen zu haben? Und sie antworten mit Nein, weil im Zweyffel er darfür gehalten wird, nur den Gemüths-Rach nachzulassen, als etwas an seinem Recht nachzusehen. Covar. lib. 2. var. resol. cap. 10. n. 7. Farinac. in sua pract. crim. part. 4. quæst. 105. n. 376. 5.

6.

Zu deme aber, daß einer ihme durch die Zeichen der Freundlichkeit nicht præiudicire, wird unsers Erachtens nicht erfordert, daß der Krieg befestiget worden, dann obwohlen wir oben gesagt haben, daß durch den Todt des Iniurianten die Actio iniuriarum allein alsdann verewiget werde, wann der Stritt befestiget und nicht wann er angefangen worden, hier ist doch die Sach anderst beschaffen, weil der blosse Anfang des Stritt ausmacht, daß ihme die Zeichen der Freundlichkeit an seinem Recht nicht schaden. Die Ursach des Unterschieds unter disen beyden Fällen ist dise, weil in dem ersten Fall von Verewigung des Rechts, in dem anderen Fall aber allein von Aufhebung der Præsumption gehandlet wird, dann es ist eine ohnfehlbare Regul, daß die aus denen Verbrechen entstehende Actiones pœnales wider die unschuldige Erben nicht Platz haben, 7.

ben, daß sie aber auf selbe überfallen können, das würckt der Eingang des Stritts nicht, sondern die Kriegs-Befestigung aus, welche mit dem Gegner geschlossen worden, wodurch als einem quasi Contract eine auch auf die ansonsten unschuldige Erben überfallende Schuldigkeit entspringt. Aber in dem anderen Fall, weil durch die Zeichen der Freundseeligkeit nur eine stillschweigende Nachlassung præsumirt wird, muß dise Præsumption der Wahrheit weichen, welche aus dem Anfang des Procels entspringt, dann eben datum, wann einer die Injuri hat zu Gemüth gezogen, und deßwegen noch über das die Klag angestellt, so scheint, daß er die Zeichen der Freundseeligkeit allein erzeigt habe, um den Gemüths-Rach nachzulassen, und nicht das ihme zustehende Recht, und die angestellte Klag nachzusehen, und zu widerruffen. Und dahero kommt es, daß unser Art. ausdrucklich allein vom blossen angefangten Klag redet: Er hätte dann sein Klag allbereit Gerichtlich angebracht, daß also die blosse angestellte Klag, und nicht die Kriegs-Befestigung die stillschweigende Nachlassung ausschließt.

8. Was ist aber Rechtens, wann einer entweders durch Dissimulation, oder durch ausdruckliche, oder stillschweigende Nachsicht die Injuri geschenckt hat, doch nach der Hand aus Reu wieder erwecken, und deßwegen eine Klag führen will, ist er wohl anzuhören? Und es wird mit Nein geantwortet; Aus Ursach, weilen jener, der anfänglich über die ihm zugefügte Injuri nichts sagt, wie wir oben gemeldet haben, keine Actionem injuriarum hat, weil dem selbst Wollenden kein Injuri zugehet, also auch, wann er nach der Hand einwilliget, kan er die schon erlöschte Injuri durch Reu nicht mehr lebendig machen, welches in so weit erstreckt wird, daß auch die Revocation der beschehnen Injuri Nachsieht auch wegen einer erfolgten Undanckbarkeit nicht mehr zuruck genommen werden kan. Lese den Harprecht ad §. 1. n. 142. & seq. Inst. de injur. Manz. ad §. fin. n. 11. Inst. eod. Weil die einamahl erlöschte Action nicht mehr wieder auferstehet, und die aufgehöbte Obligation nicht mehr hergestellt wird. L. qui res 98. §. aream ff. de solut.

Es mag aber die Injuri auf eine Arth, wie es immer wolle, das ist, durch die Zeit, Todt, Dissimulation oder durch ausdruckliche oder stillschweigende Nachsicht erlöscht worden seyn, so verbleibt nichts desto minder dem Injurirten um sein Interesse, Kösten und Schäden zu erhalten die Actio L. aquiliæ bevor. L. qui servum. 34. ff. de oblig. & act. L. item apud Labeonem 15. §. si quis servo 46. ff. de iniur. Gail. de arrest. cap. 14. n. 6. & lib. 1. obser. 63. n. 9. Mynf. cent. 1. obs. 24. und mehr andere von Berlich. lib. 5. concluf. 70. n. 26. citirte, in so weit, daß dise Actio L. aquiliæ auch denen Erben, und wider die Erben zustehet. Hartm. pistor. lib. 1. quæst. 27. n. 1. Fachin. lib. 9. controv. cap. 5. Modest. pistor. quæst. 107. n. 45. part. 3. 9.

So offt aber der beschädigte Theil sein Recht, oder Action nachsieht, so thut er doch der Obrigkeit an der dem Iniurianten zu schöpffen habenden Straff nicht præiudiciren, wie dann auch im Gegenspiel die Obrigkeit, wann sie ihr Recht oder die Straff nachsieht, und dem Iniurianten ein Gnad erweiset, dem beschädigten Theil nichts præiudicirt. Manz. loc. cit. §. fin. Instit. de iniur. n. 14. 10.

Es könnten noch mehrere Arthen, wodurch die Actio iniuriarum aufgehoben wird, beygebracht werden, weilen aber unser Art. von solchen nichts meldet, und einige noch in nachfolgenden Art. sich zeigen, deßwegen fahren wir weiters fort.

Der sechste Articul.

WEr demienigen, der ihne mit Schmach-Worten mündlich oder schrifftlich angegrieffen, dieselb Schmach, wie recht ist, wieder will heimschieben und retorquiren, der solls mit solcher Bescheidenheit thun, daß er den andern, mit sonderbaren Schelt-Worten, nicht hinwider schmähe, sondern allein sein Ehr rette, welches mit disen oder dergleichen Worten beschehen mag, nemlich er rede oder schreibe solches von ihme mit keiner Wahrheit, sondern er sey selbst ein solcher, für den er ihne, den Geschmächten, durch solch Schmach-Wort ausruffen, und ungründlich bezichtigen thue. Wurde er aber den Injurianten hinwider schmähen, als da

da er ihne einen Schelmen, Dieb, ehrlosen Mann, oder dergleichen nennete, ist es kein rechtmässige Retorsion, sondern ein Injuri, darumen er hinwieder von seinem Gegentheil, vermittelst einer Gegen-Klag, mag beklagt werden. Es wäre dann der, so Anfangs geschmäht worden, mit dergleichen Worten, von dem Injurianten zuvor angriessen, mag er dieselbe Retorsions-weiß ihme wohl wieder heim schieben, daß er nemlich selbst derjenige Schelm, Dieb, 2c. seye, für dene er ihne gescholten. So dann die Schmach zulässiger Weiß, wie gehört, retorquirt, und dem Injurianten wieder heimgeschoben worden, so mag der Injuriant solche nicht wieder retorquiren, sondern da er damit beschwärt zu seyn: Und daß die Retorsion ohne Recht und Fug beschehen, vermeynt, stehet ihme bevor, sich solcher Retorsion und Wiederheimschiebung der Schmach, bey seines Gegentheils ordentlichen Obrigkeit zu beklagen, und der Richterlichen Erkanntnuß hierüber zu erwarten. Thäte er solches nicht, so ligt die Schmach und Scheltung, Krafft der Retorsion auf ihme, und ist er für denjenigen zu halten, für dene er den anderen gescholten, und ausgerufft hat.

Summaria.

1. Ob die *Retorsion* erlaubt seye?
2. Ob sie die *Actionem injuriarum* aufhebe?
3. Welcher Gestalten und mit was für einer Bescheidenheit die *Retorsion* geschehen müsse?
4. Wie die Bescheidenheit überschritten werde?
5. Ob dem mündlichen *injurirten* erlaubt seye, sich mit anderen mündlichen *injurien* zu beschützen?
6. Ob der mündliche *injurirte* sich thätlich rächen könne?
7. Wann einer durch die *Retorsion* mit einer neuen *injuri* betastet wird, ob er warten müsse, biß der erste *injurirte* die Klag angestellt hat, oder ob er sogleich klagen könne?
8. Ob die *Retorsion* wieder *retorquirt* werden könne?
9. Wann der *injuriant* widerspricht, daß er aus bösen Gemüth die *injuriose* Wort ausgestossen habe, ob er zum Reinigungs-Eyd zugelassen werde?

1. UNter denen Arthen die Injurien aufzuheben, ist schier die fürnemste und hauptsächlichiste die Retorsion, welche daß erlaubt seye, schier alle DD. behaupten, Krafft des Text in L. quæ omnia. ff de procurat. & L. qui tum major 14. §. si libertus 6. ff. de bon libert. L. ut vim. 3. ff. de J. & J. Gail. lib. 2. obs. 100. per totum. Harprecht §. hæc actio 12. Inst. de Injur. n. 90. & seq. Schrad. de feud. part. 9. cap. 4. n. 114. aus Ursach, weilen die Retorsion eine Gattung der Defension ist, gleichwie nun jedem die Defension des Lebens, und seiner Sachen zugelassen ist. L. 1. Cod. unde vi. L. ut vim. 3. ff. de Jur. & J. Also auch ist die Defension der Ehr und guten Rueffs erlaubt, weil Ehr und der gute Rueff mit dem Leben gleichen Wercks seynd. Und obwohlen dise Lehr mit vilen und standhafften Ursachen bestritten werden kan, so thut jener doch einen Streich in das Wasser, und umsonst arbeiten, welcher derselben widersprechen will, weilen die allgemeine Gewohnheit schier der ganzen Welt dise Defensions-Gattung durch die Retorsion approbirt, und geheiliget hat. Welchergestalten aber die Retorsion geschehen soll, wird in disem und nachfolgenden Art. ausgelegt.

Wir sagen also 1. daß jener, der die Injuri rechtmässig zuruck schiebt, die Actionem injuriarum verliehre; Aus Ursach, weil er ihme selbsten gleichsam das Recht gesprochen hat, der sich mit der Retorsion gerochen hat, dahero, weil er die Authorität des Richters, welche er hätte erbitten sollen, umgangen, er nicht mehr würdig ist, daß er des Gesatz und der Obrigkeit Hülff empfinde. Ant. fabr. in Cod. lib. 9. tit. 20. def. 8. 2.

Wir sagen 2. daß weil besagter massen die Retorsion eine Defensions-Gattung ist, nothwendig seye, daß sie mit Bescheidenheit gebraucht werde. Schrader in §. jus autem gentium. Inst. de J. n. G. & civil. n. 55. & 56. Harprecht in §. hæc actio 12. Inst. de Injur. n. 209. Schult. in addit. ad modest. Pistor. part. 3. quæst. 127. n. 46. 3.

Dahero 3. Wann mir einer ein Laster oder Schmach vorgeworffen hat, kan ich ihme erlaubter Weiß antworten, du lügst in deinen Rachen hinein, oder wie der Heil. Daniel in der Heil. Schrifft gesagt hat. du lügst über dein Haubt, weil dise Wort nichts anders in sich begreiffen, als die blosse Defension der Ehr, oder, wie wir in dem 8. Art. sagen werden, eine blosse

blosse Widersprechung. Mynsing. cent. 5. obs. 17 Gail. obs. 100. n. 3. & obs. 101. n. 4. lib. 2. wo sie sagen, daß die Retorsion geschehen müsse mit tauglichen Worten, welche die Bescheidenheit nicht überschreitten.

Dahero 4. schreibt unser Art. vor, welche Wort tauglich seyen, nemlich, wann der Injurirte sagt, was der Schmäher von ihme schlimmes gesagt oder geschrieben hat, nicht wahr seye, und daß er der Injuriant selbst ein solcher seye, für den er ihne ausgeschrien hat; Die abgeribnere Teutschen, welche nicht so gleich zum Zorn erweckt werden, gebrauchen gemeiniglich die Wort, daß der Injuriant wider die Warheit rede, er spahre die Warheit, und daß sie derwegen die Injuri in seine Busen zuruck schieben, aus welchem das Sprichwort entsprungen, er schiebe die Injuri wider in den Busen, daraus sie geflossen. Welche gelinde Arth zu retorquiren sattsam an Tag leget, daß sich der Geschmächte mehr in den Schrancken der Defension, als der Rach erhalten soll.

4. Wann aber 5. ein Excess in Worten geschieht, wie meistens zu geschehen pflegt, also daß der Injurirte bey der Retorsion aus Hitz des Zorns hitzigere Wort beygesetzt hat, zum Exempel, wann einer dem andern vorwirfft, er habe ihne im Spihlen betrogen, und der Injurirte antwortet, du lügst wie ein Dieb, Schelm, und Schalck ꝛc. welches gar offt geschieht, ein solche Retorsion ist nicht erlaubt, sonder wird für eine neue Injuri gehalten, weil der Injurirte sich nicht in der ihm vorgeworffnen Injuri defendirt, sonder dem andern eine neue Injuri defendirt, sonder dem andern eine neue Injuri zugeworffen hat, und zwar eine schwehrere und härtere, als ihme zugefügt worden ist, wegen welcher der erste Injuriant seinen Gegner beklagen kan. Wurmser lib. 1. tit. 64. obs. 4. n. 2. & obser 15. n. 3. Schulc. ad Pistor. quæst. 127. n. 47 & seq. Schneidew. in §. bonæ fidei. 30. Inst. de act. n. 24. Berlich. loc. cit. lib. 5. conclus. 64. n. 25. Die Ursach ist klar, weilen er sich in den Schrancken der Defension nicht gehalten hat. Dann wann schon einer mich im Spihlen einen Betrüger schilt, so folgt doch nicht daraus, daß der ander ein Dieb, ein Schalck, oder Schelm seye, und also wann ich solche Wort ausstosse, nicht minder mich der Action der Injuriarum schuldig mache, als der ander, der mich im Spihlen einen Betrüger geheissen. Es gezimmt sich also, daß man bey dergleichen Händel den Finger auf das Maul lege, und den Mund zuruck halte, damit nicht man durch die übermässige Retorsion mehrers in die Straff verfalle, als den Angreiffer verbindig mache.

Unterdessen 6. kan ich gar wohl meinem Gegner sagen, welcher mich eines Betrugs halber beschuldiget, du bist selbst ein Betrüger, du lügst, wie ein Betrüger ꝛc. weilen in disen Worten die Schrancken der Defension nicht überschreitte, welches unser Art. approbirt, welcher allein erfordert, daß in der Retorsion dem andern keine neue und besondere Schmach-Wort sollen zugestossen werden. Wir stehen dahero an, ob in diser Subtilität, welche einige machen, ein Grund gesetzt und gesagt werden könne: Wann mich einer einen Dieb, Mörder, Ehebrecher ꝛc. schilt, daß ich ihme gar wohl antworten kan, du lügst wie ein Dieb, wie ein Mörder, wie ein Ehebrecher, ich kan aber nicht antworten, du Dieb, du Mörder, du Ehebrecher. Aus Ursach, weilen dise Wort gleichsamm eine neue Injuri nach sich ziehen, dann es ist nicht abzunemmen, was für ein Unterschied unter beyder Arth zu reden seye, gewiß unser Art. laßt ausdrucklich zu, daß, wann einer mich einen Schalcken, Dieb gescholten hat, ihme als zur Retorsion Antwort sagen kan, du bist selbst jener Schalck, Dieb ꝛc. für welchen du mich ausgibest, und es ist die gemeine Gewohnheit, daß, wann einer den anderen einen Schalcken, Dieb, Ehebrecher ꝛc. schilt, die Antwort hierauf gantz recht geschehe, du bist selbst ein Schelm, bist selbst ein Dieb, bist selbst ein Ehebrecher: Wann also solche Retorsion als rechtlich und erlaubt zugelassen wird, warum soll nicht auch zugelassen werden, wann solche in disen Worten geschieht, du lügst wie ein Dieb, du lügst wie ein Schelm, du lügst wie ein Ehebrecher? Dann ich sihe in disen Worten keinen so grossen Unterschied, daß eine Arth zu reden eine neue Injuri mache, die andere aber entschuldige. Unser Art. redet haupsächlich von zerschidenen Schmähungen, als, wann einer mich einen Dieb heist, so kan ich den andern kein Ehebrecher oder Mörder ꝛc. nennen, weil dise gantz zerschidene Laster, auch eine besondere Straff verdienen, und also zur Defension nicht können gebraucht werden, gleichwie jener, der dem anderen eine Ohrfeigen gibt, von dem andern mit blossen Messer, oder anderen gefährlichen Waffen nicht angegriffen werden kan, oder jener, der in des anderen Hauß mit Gewalt eintringt, 5.

tringt, nicht kan mit Priglen, wie ein Hund, ausgetrieben werden, weilen das Priglen ein weit andere Injuri ist, als die Eintrettung in das fremde Hauß, kan also solche zur Defension nicht entgegen gesetzt werden.

6. Wann nun 7. dem mündlich Injurirten nicht erlaubt ist, daß er sich mit anderen mündlichen Injurien beschitze, so wird noch weniger erlaubt seyn, daß der mündlich Injurirte sich thätlich rächen, und die Schmach mit Schlägen zuruck geben könne. Schrad. de feud. part. 9. cap. 4. n. 129. & in §. jus gentium. Inst. de J. N. G. & civil. n. 87. Berlich. loc. cit. n. 28. Daß also das Teutsche Sprichwort keinen Stich haltet, auf ein Lug gehört ein Maultaschen, weil solche handgreifflich wider die Bescheidenheit ist, wann man nicht villeicht zulassen will, daß ein Adeliche, und in Würden stehende Persohn einem gemeinen Menschen, derselbe lügen heist, eine Ohrfeigen geben könne. Joan. Harprecht §. hæc actio 12. n. 193. & And. Gail. lib. 2. obs. 100. n. 7. Berlich. loc. cit. n. 30. Weilen die dem Edlmann oder einem in Würden stehenden Mann zugefügte Injuri schwehr ist, und in Vergleichung der Ohrfeigen gegen der von so schlechter Persohn zugefügten Injuri ein Excess geschehen ist.

7. Wann man fragt, warum unser Art. sage daß der Injurirte wegen deß in der Retorsion einer mündlich Injuri beschehnen Excess mit einer gegen Klag belangt werden könne, daß er hinwider von seinem Gegentheil, vermittelst einer Gegen-Klag beklagt werden mög, ob also nöthig seye, daß zuvor der Injurirte seine Klag anstellen müsse, ehe der Injuriant wegen des bey der Retorsion beschehnen Excess die gegen Klag stellen kan? Es scheint, es seye mit Ja zu antworten, weil die Gegen-Klag eine vorgängige Klag præsupponirt, und eine ohne die andere nicht bestehen mag. Hernach haben wir oben gesagt, daß jenen, der die Injuri zuruck schiebet, keine Actionem injuriarum mehr anstellen könne, weil er unwürdig ist, daß er bey Gericht angehört werde, indem er mit Hindansetzung des Gerichts durch die Retorsion ihm selbsten gleichsam das Recht gesprochen hat, welchen Sentenz mit mehrern ausführt, und wahrhafft zu seyn sagt, auch mit vilen Ursachen beleget Berlich. loc. cit. conclus. 64. n. 40. & seq. Wie können wir also sagen, daß durch den Retorsions Excess dem Injurirten erst durch die Gegen-Klag geholffen werde? Hierauf antworten wir, daß der Text unsers Art. nicht also zu verstehen seye, daß der durch die Retorsion mit einer neuen Bazeten Injuri Beleidigte gleichsam zu warten müsse, biß der zuvor Injurirte seine Klag anstellet, sonder, weilen die Injurien zerschidentlich seyn, es hat jeder Theil sein eigne Injuri Klag. Zum Exempel, der Titius schimpft den Semproni einen Bastarden, der beleidigte Sempronius schiebt die Smach zuruck, und sagt, daß der Titius lüge, wie ein Dieb, Schelm, wie ein Mörder, wie ein Ehebrecher 2c. Gewiß diß ist kein rechtmässige Retorsion, weil sie sehr unbescheiden ist, es kan also der Semproni solch ihme durch die Retorsion zugefügte unerträglich Injuri besonders beklagen, wann schon der Titius seine ihm zuerst zugestossene Injuri Gerichtlich nicht einklagen will, villeicht, weilen er ihme einbildet, daß er sich durch die dem Semproni zugegfüte schwerere Injuri schon genug gerechet habe. Wann man sagt, daß wenigist aus disem folge, daß, weilen unser Art. die Gegen-Klag zulaßt, der retorquirende Theil noch eine Actionem injuriarum habe. So antworten wir, daß unser Art. wo er von der Gegen-Klag redet, nicht supponire, daß die Action wegen der erster Retorsion wie Rechtens angestellt worden seye, sonder nur de Facto, welche Klag ja der Gegner die ihme entgegen gesetzte schwerere Injurien als eine Gegen-Klag widersetzen kan. Hernach geschehen die mehriste Fäll, wovon der Retorsion nichts gedacht wird, zum Exempel, der Titius nennt den Semproni ein Huren-Kind, und der Sempronius antwortet, du bist ein Ehebrecher, oder Huren-Jäger, in disem Fall ja hat die Retorsion nicht Platz, sonder ist eine gleiche Injuri, welche ein jeder mit besonderer Klag rächen kan, wann also einer, oder der ander seine Klag angestellt hat, so kan auch der ander als eine Gegen-Klag seine Injuri ein klagen, daß also die Gegen-Klag im freyen Willen bestehet, und nicht in einem Noth-Zwang, dann setze, daß der Sempronius, welcher in erst gesetzten Exempel als ein Hurn-Kind gescholten worden, ein gantzes Jahr geschwigen, und hernach erst den Sempronium als einen Hurn-Jäger ausgeschrien hat, des Titii Klag ist durch die Præscription erloschen, und kan nach der Hand dem Semproni, welcher puncto injuriarum klagt, die Gegen-Klag nicht verhinderen. Mit einem Wort unser Art. redet von denen gemeiniglich zu geschehen pflegenden Fällen, wo die Schmach und Gegen-Schmach in einem Handel gegen einander flüben, und nachgehents bey Gericht mit

mit einander abgewandlet werden; Es mögen also die Schmach und Gegen-Schmach bey Gericht vorkommen, wie sie wollen, so verdient doch jener allzeit, der in den Injurien excedirt, eine Milderung, weil aus Hitz des Zorns die Bescheidenheit zu halten gar zu schwär ist. vid. Gail. & Berlich. loc. cit.

8. Der letzte ist, daß unser Art. die Retorsion über die Retorsion nicht zulaßt, aus Ursach, weilen sonsten sich ein Process in infinitum ergebete. Hering de Fidei Juss. cap. 4. n. 50. & seq. Harprecht. in dict. §. hæc actio 12. Inst. de Injur. n. 219. Schult. ad modest. Pist. quæst. 25. n. 44. & seq. Ist also nach der Retorsion kein Mittel mehr übrig, als, daß der Injuriant sich durch den Widerruff und Abbitt frey mache, oder, wann er vermeynt, daß er durch die Retorsion beschwärt worden, villeicht, weil er widerspricht, daß er injuriose Wort, wegen welchen er beschuldigt wird, geredt habe, oder nicht mit dem Gemüth oder Absehen vorgebracht habe, wie selbe der Injurirte aufgenommen habe, diß muß er in seiner Klag ausführen. Ob aber dißfalls das Juramentum purgationis zugelassen werde? Ist zu lesen Gail. lib. 2. obs. 106. und Wurmser tit. 47. obs. 10. Clarus lib. 5. §. injuria n. 12. und andere alda Citirte, worauf wir uns beziehen, mit der Erinnerung, daß bey Gerichten dergleichen kale Ausreden so leicht nicht zugelassen werden sollen, daß einer das Gemüth zu Injurien nicht gehabt habe, und sich endlich zu purgiren bereit seye, weil die Wort in dem Verstand genommen werden müssen, wie sie lauten. 9.

Wann aber einer wegen der Schmach-Worten entweders überwiesen worden, und sich auf keine Weiß von der Retorsion bey Gericht nicht auswicklen kan, so ist nichts übrig, als daß er die ihme zuruck geworffene Schmach übertragen, welche Talions-Straff in injuri Sachen nicht allein in den Rechten der zwölff Taflen, sonder auch in der Heil. Schrifft gegründet ist, welches weiters auszuführen wir unterlassen.

Der sibende Articul.

Wer dem andern die Schmach, welche ihme zugefügt worden, will wider heim, und in seinen Busen schieben, der soll es, wann die Schmach ihme in seiner Gegenwarth, mündlich beschehen, alsbald im Fuß-Stapfen thun. Wäre sie aber in seinem Abwesen, oder schrifftlich beschehen, soll die Retorsion innerhalb eines Monats, nachdeme er dieselbige in Erfahrung gebrach, durch Schreiben, oder vermittelst einer Verschickung, durch ehrbahr Leuth, mündlich, oder durch ein vor Notarien, und Gezeugen, aufgerichtes offentliches, und dem Schmächer zugehändigtes Instrument thun, und wann die Retorsion solcher massen, mit gutem Vorbedacht, und in Form einer rechten Retorsion beschieht, mag der Geschmächte alsdann ferner nicht klagen, sonder die Schmach-Klag ist seines Theils, wann der ander darüber schweigt, und nicht klagt, abgeschnitten. Sagte oder schriebe aber der Geschmächt zudeme, der ihn geschmächt, Er thue ihm Gewalt, und Unrecht, und rede kein Warheit, das ist kein Rechte Retorsion, sonder nur ein Widersprechung der Schmach, und stehet dannoch dem Geschmächten bevor, um die Injuri, wie sich gebührt, zu klagen, oder die in gebührender Zeit ordentlich zu retorquiren.

Summaria.

1. Ob die *Retorsion* also gleich ins Angesicht geschehen müsse?
2. und 4. In was Zeit von dem Abwesenden die *Retorsion* anheben müsse?
3. Wie die *Retorsion* durch einen *Notari* und Zeugen, durch Schick-Männer oder Gewalthabere geschehen soll?
5. Ob das Wort du lügst für eine wahre *Retorsion* gehalten werde, welche die *Actionem Injuriarum* aufhebt?

1. Unser Art. fart fort die Materi der Retorsion auszuführen, und fragt weiters, zu was Zeit die Retorsion geschehen müsse? Und der Art. antwortet mit einem Unterschied, ob einem die Injuri zugestossen worden in seiner Gegenwarth, und gleichsam in das Angesicht, oder ob sie in Abwesenheit geschehen seye? Im ersten Fall muß also gleich die Retorsion mündlich geschehen, wie der Art. sagt, alsbald im Fuß-stapfen gleichsam bey unverruckten Fuß. Aus Ursach, weil die Retorsion besagter massen ein Defensions-Gattung ist, die Defension aber muß also gleich geschehen in der That, dann wann einer mich heunt angreifft, und ich ihne morgen umbringen wolte, das ist nicht erlaubt, weil ein solcher Act mehr eine Rach ist, als ein Defension, also auch, wann einer sich der Retorsion bedienen will, muß er solches bey frischer That thun, dann, wann der Beleidigte die ihm in das Angesicht zugefügte Injuri nicht zu Gemüth ziehet, sonder gütlich annimmt, und dissimulirt, so scheint, daß er solch nachlasse, und kan solche an einem anderen Tag nicht mehr retorquiren, weil solche Zuruck-Schiebung mehrers ein verbottene Rach ist, und wie wir gesagt haben, an sich selbst Rechtens ist, daß eine einmahl ausdrucklich oder stillschweigend nachgelassene Injuri nach der Hand nicht mehr ein Leben bekomme.
2. Wann aber einem eine mündliche Injuri in seiner Abwesenheit zugefügt worden, so wird dem Injurirten von der Zeit der Wissenschafft ein Monat Frist anberaumt, daß er die Retorsion entweders durch ein von Notari und Zeugen errichtetes Instrument, oder durch eine andere Schrifft, oder endlich durch Begwaltigte, oder hierzu sonderheitlich bestelte Leuth thun könne.

3. Was anbelangt die Retorsion durch den Notari und Zeugen, ist die Sach zwar an sich selbsten klar, weil die Notarii ihre Formulen haben, daß sie nicht leichtlich in den Worten der Retorsion zu vil thun, dann gleichwie, wie wir oben schon gesagt haben, die mündliche Retorsion ohne geringste Ubermaß geschehen muß, also auch die schrifftlich verfaßte, damit nicht die mit einem Excess beschehne Retorsion für eine neue Injuri gehalten werde. Ist also absonderlich bey der Retorsion, welche durch ein Instrument, oder andere Schrifft geschieht, aller Excess abzuschneiden, weilen vorbesagter massen die schrifftlich zugefügte Injuri beständig daurt, wo hingegen die mündliche Injuri inner einem Jahr erlösch, dahero, wann der Titius verschreitt wird, daß er den Semproni ein Hurn-Kind genennt habe, und der Sempronius schrifftlich solches retorquirt, daß er lüge wie ein Ehebrecher, dise Retorsion ist unerlaubt, und eine neue Injuri. Wann also der Titius widerspricht, daß der Semproni von ihm ein Huren-Kind genennt worden seye, und nicht überwiesen werden kan, so muß der Titius ledig gesprochen werden, Krafft des vorigen 2. Art. Und kan nichts destominder wider den Semproni wegen der neuen Injuri, und zwar durch 30. gantzer Jahr klagen, weil wir supponiren, daß der Excess in der Retorsion schrifftlich geschehen seye, welche Injurien Krafft dessen, was wir bey dem 3. Art. gesagt haben, 30. Jahr lang dauren. Ingleichen wann die Retorsion geschieht durch Gewalthabere, ist fleissig zu beobachten, daß sie ihr Amt nicht überschreitten, und fremden Handels sich theilhafftig machen: Wir haben gesehen, der Brauch zu seyn, daß ihnen in einem Zettel die Form der Retorsion vorgeschrieben worden, welchen sie dem Injurianten vorlesen, in welchem, wann in der Retorsion ein Excess geschieht, ich vermeynte, daß solcher Zettel für eine schrifftliche neue Injuri, sonder allein für eine mündliche Injuri zu halten seye, weil der Zettel nur zu Beybehaltung der Gedächtnuß gegeben worden, also daß der Injuriant, wann er sich hingegegen durch die Retorsion injurirt zu seyn vermeynt, seine Action inner einem Jahr anfangen muß.

Wann man sagt, weilen vorhin weitläuffig ausgelegter massen die Klag wegen mündlichen Injurien ein gantzes Jahr dauret, und die Actio der thätlichen Injurien, und der schrifftlich zugefügten Schmachen 30. Jahr lang daure, warumen hier nur eine Zeit eines Monats wider jenen gegeben werde, welcher den Abwesenden injurirt hat? Und wir antworten, daß diser Art. nicht rede von denen Actionibus injuriarum, sonder allein von denen Retorsionibus. Dann seye es, daß die Actiones wegen der mündlichen und thätlichen Injurien länger dauren, so muß doch ein jedwedere Retorsion entweder also gleich im Fuß-Stapfen wider den anwesenden Injurianten, oder wider den abwesenden inner einem Monat geschehen, welches wann die Injurirte verstreichen lassen, so wird das Retorsions-Recht ausgelöscht, doch also, daß dem Injurirten die Klag wider die Injuri noch bevorstehet. Wir müssen also dise beyde Stuck nicht miteinander vermischen, dann es wird ehender die Retorsion verjährt, als die Injuri-Klag. 4.

Man

Man wird widersetzen, wann die Retorsion der mündlich wider den Abwesenden ausgestossenen Injurien ein Monat lang dauret (den Anfang zu nemmen von der Zeit der Wissenschafft) so kan geschehen, daß die Retorsion länger daure, als die Klag selbst, weil sich leicht zutragen kan, daß der Injurirte die Schmach erst nach einem Jahr innen wird. Wir antworten, diß seye wahr, wann wir sagen, daß die Actio injuriarum verbalium 30. Jahr lang daure, und zwar aus Haß der Injurien, wie dann nicht wenige diser Meynung seynd, welche wollen, daß solche Action auch wider den Unwissenden lauffe, weil aber wir das Widerspiel schon oben erwiesen haben, daß nemlich dise Actio utilis seye, und erst vom Tag der Wissenschafft seinen Lauff nemme, so wird dißfals nichts besonders gefunden, dann jedwederer Termin, das ist, zu Verjährung der Action und der Retorsion eines respective Jahrs, oder Monats utilis ist, welcher erst den Anfang von dem Tag der Wissenschafft nimmt.

Ubrigens, welches wir in vorgehenden Art. schon gesagt haben, thut unser Art. begnehmigen, daß die Retorsion die Actionem Injuriarum ausschliesse, obschon Henric. Nebelkrai in decis. suis. mihi pag. 217. decis. 18. das Widerspiel nach allen Kräfften defendirt.

5. Aus disem Art. ist eines besonders zu erinneren, daß das Wort du lügst, nicht allzeit für eine wahre Retorsion gehalten werde, welche die Actionem injuriarum auslöscht. Dann unser Art. sagt also, wann einer zum Injurirten sagt, oder schreibt, Du thust mir Gewalt, und Unrecht, und redest kein Wahrheit, daß diß keine wahre Retorsion seye, sonder ein blosse Widersprechung der Schmach, also daß dem Injurirten auch nach solchem Widerspruch noch die Klag, oder die Retorsion, jedes in seiner gebührenden Zeit bevorstehet. Aus welchem erhellet, daß allein dise Zuruckschiebung der Injuri ein wahre Retorsion seye, du lügst, und bist selbst ein solcher, für welchen du mich ausschreyest, daß also Krafft dises Art. das Wort, du lügst, mehr ein Widerspruch als eine Retorsion ist, wann nicht zugleich eben solche Schmach zuruck geworffen wird in die Persohn des Injurianten, welches fürwahr zu mercken ist, weil wir bißhero allzeit gesehen haben, daß dise Wort, du lügst in deinen Hals hinein, du lügst über deinen Kopf, für eine wahre Retorsion gehalten worden, wann man nicht unter den Worten du lügest, und unter den Worten, du redest die Wahrheit nicht, einen unterschied machen will. Uns kommt vor, daß dißfals der Richterlichen Erkanntnuß die Sach zu überlassen seye, welcher durchsuchen kan, mit was für Worten, und in was für Umständen, in welchem Verstand, und Gemüth des Injurirten Wort gelautet haben. Dir geneigter Leser überlasse ich, was du von jener Retorsion haltest, welche geschehen zu seyn wir uns erinneren, da ein gewisser Frey-Herr seines Gegentheils Advocaten, mit welchem er vor Anfang der erkännten Commission, vor der Verhör-Stuben daraussen in Stritt gerathen, und dem Advocaten eine empfindliche Ohrfeigen gegeben, dem der ander nichts entgegen gesetzt, als gnädiger Herr, ich retorquir ihnen dise Injuri. Gewiß in dergleichen Geschäfften ist besser, sich innhalten, als dem Zorn den Zaum lassen. Wir zweifflen nicht, daß unter 100. kaum einer gewest wäre, der solche Ohrfeigen nicht also gleich mit einer anderen oder noch empfindlicheren wurde widersetzt haben. Fürwahr zu Erhaltung der Ehr und guten Ruffs ist schwär die Bescheidenheit just zu treffen, wie ich vor mehr dann 50. Jahren zu Ingolstadt im Studiren erfahren habe, da zwey Brüder von guter Famili, auch ehrlichen Wandels mitten in der Nacht von anderen zwey Gassen-Schwörmeren heraus gefordert worden, mit disen Worten: Kommts heraus ihr Hunds ꝛc. Welchen sie geantwortet, ihr seyt selbst solche ꝛc. seynd doch nicht heraus gegangen, welches die Schwörmer so erzörnet hat, daß sie Schmäch-Wort, so vil zu erdencken gewesen, heraus gestossen, und haben sie gescholten, Haupt-General-Superintendenten-Hunds ꝛc. Und endlich ihre gantze Famili für die infamiste Leut ausgeschrien, denen die andere nichts anders entgegen gesetzt, als ihr seyt selbst Haupt-General-Superintendenten-Hunds ꝛc. mit eurer gantzen Famili, also daß sie über die rechtmässige Retorsion kein Wort beygesetzt haben, wodurch sie hernach ein grosses Lob erhalten, obwohlen ihre Fenster nachgehents die Wuth der anderen ausstehen müssen.

Der achte Articul.

Nachdeme auch etliche boßhafftige Leuth, andere an ihren Ehren und gutem Leumuth, durch ausgesprengte oder angeschlagene

Schmach-Schrifften (die man insgemein Paßquill nennt) schmächliche Gemälden, oder dergleichen Sachen, zu verletzen und anzugreiffen, sich unterstehen, solches aber in den gemeinen geschriebenen Kayserlichen Rechten, bey Leib und Lebens Straff, auch in des Heil. Röm. Reichs Abschiden, höchlich verbotten, also sollen diejenigen, die wider jemand ein Pastquill oder Schmach-Schrifft dichten, dieselbige offentlich anschlagen, oder sonsten unter die Leuth aussprengen, und darinnen wider jemanden, solche Laster und Sachen dargeben, wo die mit Warheit erfunden wurden, daß der Geschmächt an seinem Leib, Leben, oder Ehren peynlich gestrafft werden möcht, derselbig boßhaffte Lästerer, soll nach Erfindung solcher Ubelthat, vermög der Rechten, mit dem Schwert, wofern die ausgesprengte Ubelthat, mit der Straff vom Leben zum Todt zu straffen wäre, oder da sie nicht Lebens, doch andere Leibs-Straff, oder Ehren-Entsetzung auf sich hätte, mit der Straff, darein er den unschuldigen Geschmächten, durch seine böse, und unwahrhaffte Laster-Schrifft, oder schmächlich Gemälde, hat bringen wöllen, unnachlässig gestrafft werden, ob sie gleichwohl auf dem Geschmächten die auferlegt Schmach, der zugemäßnen That in der Wahrheit erfunde, soll dannoch der Ausruffer solcher Schmach, nach Ausweisung der Recht, und Ermässigung des Richters gestrafft werden. Wäre aber in dem Pastquill oder Schmach-Schrifft, nicht solche Sachen, die jemands Leib, Leben, und Ehren-Entsetzung berührt, sonder allein zu Verschimpfung eines anderen Persohn, oder zu dergleichen End gemeind gewesen, in solchem Fall der Richter gegen einem solchem Diffamanten, mit Gefängnuß, Ausstellung auf die Schragen, Verweisung der Stadt, Gerichts, Hoffmarcken, oder Lands, nach Beschaffenheit der Umständ, und Grösse des Verbrechens verfahren. Da auch jemand ein solches Pastquill oder Schmach-Schrifft gefunden, und nicht alsbald zerrissen, oder verbrennt, sonder weiter ausgesprengt hätte, gegen dem: Oder denselben solle nach Beschaffenheit der Schmach-Schrifft, auch Qualität des Finders Persohn, durch den Richter, nach seiner Ermässung, unnachläßliche und ernstliche Straff fürgenommen werden. Es seye dann daß in solchen Schmach-Schrifften angedeut wurden, daran dem gemeinen Nutz, daß sie geoffenbart werden, vil gelegen wäre, in solchem Fall soll einer die gefundene Schmach-Schrifft, der Obrigkeit zu bringen, aber sonsten niemand offenbaren, bey vorgesetzter Straff.

Summaria.

1. Was für eine Straff auf ein Schmach-Schrifft oder Paßquill gesetzt seye?
2. Ob nicht die *Pœna talionis* in Abgang gebracht worden?
3. Wann solcher *Diffamant* sich zur Prob des vorgeworffnen Lasters erbiettet, ob er anzuhören seye?
4. Was Rechtens, wann das Paßquill nur in schlechten Sachen bestehet, ob es nicht vilmehr eine *injuriose* Schrifft seye, als ein Paßquill, und wie es zu bestraffen seye?
5. Der ein Paßquill findet, und nicht zerreisset, onder andern mittheilet, wie er zu bestraffen seye?
6. Ob eben diß Rechtens seye, bey schmächlichen Gemälden, was Rechtens ist bey Paßquillen?

1. Unter denen mündlichen Injurien ist das Pastquill die schwäriste, worüber wir seinen Text haben in L. 5. §. 9. ff. de injur. und in L. unica Cod. de famos. libell. wodurch verordnet worden, daß jener, der zum Schmach des anderen einen Brieff, Gedicht, oder Geschicht geschrieben, componirt, offentlich gelesen, oder dolo malo gemacht hat, daß etwas dergleichen geschehete, wann er

sol-

solches schon in eines anderen Nahmen, oder ohne Nahmen gethan hat, in puncto injuriarum gehalten seye, und, wann einer condemnirt worden, der diß gethan hat, der kan kein Testament machen, und kan kein Zeug seyn. dict. L. 5. §. 9. ff. de injur. und Leg. 18. §. 1. ff. qui testam. fac. poss. L. 21. ff. de test. Welche Straff hernach die Kayser Valentinianus und Vallens vermehrt, und gesetzt haben, daß nicht nur allein der Urheber, der den Brieff geschrieben, sonder auch jener, derselben schreiben lassen, ausgesprengt, den gefundenen Brieff nicht unterdruckt oder verbrennt, sonder dessen Innhalt offenbart hat, dem Capital-Sentenz unterworffen werden solle. Obwohlen nun die DD. miteinander nicht übereins kommen, was unter den Worten Capital-Sentenz verstanden werde, ob nemlich solcher Diffamant um den Kopf kürtzer, und ausserordentlich am Leib folglich malefizisch gestrafft werden müsse, so thut doch unser Art. ausdrucklich verordnen, daß die Straff einer Schmach-Schrifft so gar auf das Kopf Abschlagen ankommen kan, worzu doch erfordert wird, daß einem in dem Pasquill eine solche Missethat vorgeworffen werde, daß, wann solche wahr wäre, selbe die Kopf und Lebens-Straff nach sich ziehete, als wann einer zum Exempel als ein Mörder, Todtschläger, Dieb ꝛc. ausgeschrien wird, dann weilen dise Missethaten mit der Lebens-Straff bestrafft werden, so verdient nicht unbillig jener eine gleiche Straff, welcher so harte Inzüchten dem anderen vorzuwerffen sich unterstanden hat, und obwohlen diß eigentlich keine Pœna talionis ist, weil der Diffamant alzeit befelcht wird hingericht zu werden, er mag dem Diffamirten ein schwähres Laster vorgeworffen haben, was es für eines seyn wollen, als wann zum Exempel einer ein Dieb und Galgen-Schwenckl gescholten worden, oder ein Sodomitt, welcher respective gehenckt oder verbrennt wird, nichts destoweniger doch kan es in so weit gantz recht Pœna talionis genent werden, daß nemlich jener des Lebens nicht würdig sey, sonder sterben soll, der dem andern solche Laster widerrechtlich zumuthet, und beschuldet, welche, wann sie wahr wären, den anderen um das Leben brechten.

Man wird sagen, wann einer dem andern mündlich solche Laster vorgeworffen, nemlich er sey ein Mörder, Todtschläger, Dieb ꝛc. Diser wird Krafft des 1. Art. nicht malefizisch und mit der Todts Straff bestrafft, warum also soll jener schärffer bestrafft werden, der solches schrifftlich thut? Wir antworten, daß jener sich weit gröber versündige, welcher den andern schrifftlich infamirt, als jener, welcher nur mündlich diffamirt, dann man vergißt ehender die Wort, als die Schrifft, weil die Schrifft alzeit bleibt, und durch vile Jahr weit und breit herum schwebt; Hernach thut meistens das Reden entspringen aus schnellen Zorn, und ohnüberlegter massen, von welchem Fall hauptsächlich unser Art. redet, die Schrifft aber legt an Tag das vorsätzliche Gemüth, die innerliche Verbitterung und Grollen, welch alles ja eine grössere Straff verdienet, als die schlipferige und übereilte, oder villeicht aus einem innerlichen Schmertzen unbedachtsam ausgestossene Wort. Endlich kan die Red so leichtlich nicht verborgen werden, wie eine Schrifft, ist also eben darum die schrifftliche Injuri härter zu straffen, als die mündliche, weil der Diffamirte wider die mündliche Injuri sich defendiren kan, nicht aber wider die schrifftliche, dessen Verfasser man nicht weißt. Mit einem Wort dergleichen boßhaffte Leuth seynd durch die Schärffe der Straff abzuschröcken, damit sie nicht nach Belieben anderer Leuthen Ehr beschimpfen.

Was ist aber Rechtens, wann das in dem Pasquill enthaltene Laster nicht zwar die Lebens Straff, sonder die Relegation, das Aushauen, oder Benemmung eines Glids oder eine andere Leibs-Straff nach sich ziehet? Unser Art. antwortet, daß ein solcher Diffamant mit gleicher Straff zu belegen seye, daß er zum Exempel relegirt, ausgehauen, ihme ein Glid benommen, oder sonst mit einer anderen Leibs-Straff bestrafft werden solle, mit welcher der Diffamirte wäre bestrafft worden, wann er solchen Lasters wäre überwiesen worden, welche Straff in L. 3. Cod. Theodos. de exhib. reis. und in L. ult. Cod. de accus. Pœna talionis genennt wird. Obwohlen wir zweifflen, ob nicht in solchen Fall vilmehr dem Diffamanten eine andere extraordinari Straff bey unsern Gerichtern erkennt wurde, weil die Pœna talionis schier aller Orten in Abgang gekommen. Barthol. in L. si cui in princ. ff. accus. 2.

Was ist aber Rechtens, wann solcher Diffamant sich zur Prob des vorgeworffenen Lasters erbiettet, ist er wohl anzuhören, wie wir oben bey dem 2. Art. von jenem gesagt haben, welcher einem ein solches Laster vorgeworffen hat, welches zu wissen dem gemeinen Weesen daran gelegen ist? Hierauf antwortet der Art. daß ein solcher Pasquilant nichts destominder zu bestraffen seye, aus Ursach, weilen, wanner das Laster hätte entdecken wollen, er solches auf rechtmässige Weiß hätte thun 3.

thun sollen. Das ist, er hätte vor Gericht erscheinen, sich selbsten anzeigen, und mit eignen Mund aussagen sollen, was er durch das Paßquill an Tag gegeben hat. Perez in Cod. de famos. lib. n. 4. und diß ist, was der citirte 2. Art. sagt, daß jener, welcher die injuriose Wort zu erweisen bereit ist, zwar zu zu lassen seye, wann dem gemeinen Wesen daran ligt, solche Verbrechen zu wissen, setzt doch bey, daß dises anderst nicht geschehen soll, als wie Malefiz Rechtens ist, es ist aber Malefiz Rechtens nicht, daß einer des anderen Verbrechen durch ein Paßquill oder Schmach-Schrifft offenbahre, sonder durch ordentliche Malefiz-Procesś, in welchem jenes erfordert wird, was wir kurtz zuvor aus Perezio erzehlt haben.

4. Bißhero haben wir allein von einer Schmach-Schrifft oder Paßquill geredt, welche in sich schwähre Verbrechen enthaltet, so würdig seynd, mit einer Lebens oder anderen malefizischen Leibs-Straff bestrafft zu werden: Jetzt handlet der Art. von einer Schmach-Schrifft oder Paßquill, so geringere Verbrechen in sich begreifft, allein zu des anderen Schimpf und Spott gereichend, als wann einer als ein Hanrey, Ritziger, Blinder, Krumper 2c. ausgeschrien wird, welch alles, weilen nicht auf eine Leibs-Straff des Diffamirten abzihlet, ja gelinder zu bestraffen ist, und zwar nach Ermässigung eines bescheidenen Richters, gleichwie auch die harte Spott-Reden, so Schertz-weiß vorgebracht werden, so scharffe Bestraffung nicht verdienen, weil ein solche Schrifft vilmehr eine injuriose Schrifft als ein Paßquill genennt wird. Vesenbec. in parat. de injur. ff. de injur. n. 19. Harprecht. ad §. 1. Inst. de injur. n. 151. Dann obwohlen eine jede Schmach-Schrifft eine schrifftliche Injuri ist, so ist doch nicht ein jedwedere schrifftliche Injuri ein Paßquill, weil hierzu das Dolus malus erfordert wird, ohne welchen der Criminal-Procesś Platz hat. Lese den Dom. Manz. §. 1. Inst. de Injur. n. 33. wo er zerschidene lustig und lächerliche Sprüch anführt, wegen welchen er keine Actionem injuriarum, oder Straff zulasset, obwohlen in der That man mit denen Injurien heicklich umgehen muß. Dann wir seynd einstens darbey gewesen, da eine Freyherrliche Persohn zu eines bey einem gewissen Hof, Obrist-Jägermeister Schertz-weiß sagte, daß die Jäger wahrhaffte Bernheuter seyen, weil die Jäger, da sie die Bern ausziehen, solche Verrichtung Heitten auf gut Waidmänisch nennen. Aus welchem der andere schliessete, daß also die Jäger wahre Bernheitter seyen. Aber aus diser Vexation ist die Sach schier zum Ernst gekommen, weil der ander im Rausch einen Bernheitter zuruck geworffen, und also kein Bernheitter seyn wollen.

Welcher gestalten aber solch geringere Laster und Verbrechen, so schrifftlich vorgeworffen worden, bestrafft werden müssen, das wird der Richterlichen Erkanntnuß überlassen, uns kommt eben darum vor, daß jenes, was schrifftlich vorgeworffen worden, und einem Paßquill gleichet, schwährer zu straffen seye, als, wann solches nur mündlich aus Zorn ausgestossen worden, wie wir kurtz zuvor eben diß von schwehreren Lastern und Verbrechen gesagt haben: Unser Art. schreibt nachfolgen Straffen vor, nemlich die Gefängnuß, der Stellen auf die Schrägen, Relegation aus der Stadt, Hof-Marck, Land-Gerichten, oder auch aus dem gantzen Land nach Beschaffenheit der Verbrechen, und der diffamanten Persohnen, und Umständ der Worten.

Das letzte ist, so in diser Materi zu mercken, daß nicht allein jener, der die Schmach-Schrifft gemacht hat, so scharff, wie wir bißhero ausgelegt haben, gestrafft werde, sonder daß auch jener, der solche Schmach-Schrifft gefunden hat, und nicht also gleich zerreißt, oder verbrennt, sonder anderen sehen laßt, und weiters aussprengt, gleicher gestalten scharff zu bestraffen seye; Und obwohlen der Text in L. unica Cod. de fam. lib. ausdruchlich sagt, daß ein solcher, der eine Schmach-Schrifft in seinem Hauß, oder an offentlichen Ort oder sonsten unwissend findet, und nicht gleich zerrissen, oder verbrennt, sonder den Innhalt geoffenbart hat, gleichsam selbsten der Haupt-Straff zu unterwerffen seye, so ist doch unser Art. gelinder, und erkennt allein eine willckürliche Straff, nach Beschaffenheit der Persohn, welche die Schmach-Schrifft gefunden, und nach Beschaffenheit der Injurien, die der Richter zu taxirn hat. Wann aber in der Schmach-Schrifft solche Laster und Inzüchten enthalten seynd, welche zu wissen dem gemeinen Weesen daran gelegen, so ist der Finder schuldig, die Schmach-Schrifft unter gleicher Straff der Obrigkeit zu überbringen, welche dem Finder, der die Schmach-Schrifft geoffenbart, gesetzt ist. 5.

Und dises, was wir gesagt haben, hat nicht allein bey dem Haupt-Verbrecher, das ist, welcher die Schmach-Schrifft gemacht hat, sonder auch in dem Befehl oder Rath-Geber L. Lex cornelia §. si quis librum ff. de Iniur. ja auch dem Gewalt-Haber selbsten, zum Exempel, 6.

pel, der schreibt, anhäfftet, publicirt, in den Kirchen, Pallästen, Fürstlichen Höfen, oder anderen Volck-reichen Orten dergleichen Schrifften auswirfft, oder bey anderen Helffern, Platz, wie weitläuffig ausführet. Prosp. Farin. loc. cit. quæst. 105. inspect. 11. per tot. Harprecht. §. injur. 1. Inst. de Injur. n. 170. Berlich. lib. 5. conclus. 67. n. 22. & multis seq. Wohin wir den Leser anweisen, dises zum Beschluß erinnerend, daß eben jenes Rechtens seye bey schmächlichen Gemälden, was Rechtens zu seyn wir gesagt haben bey den Schmach-Schrifften, welcher Gestalten dise geschehen können, kan gelesen werden, bey Jul. Claro in §. fin. quæst. 68. n. 26. und bey Farinac. quæst. 105. n. 471.

Der neunte Articul.

Wiewol derjenig, welcher den andern schmächt, und deßhalben zu einem Widerruff und Abbitt, oder auch einer Summen Geld, auf welche der Kläger, neben, oder ohne begehrter Abbitt, die Schmach schätzt, verurtheilt würdet, hierdurch seine Ehren verliehrt, so mag doch der Richter in seinem Abschied, oder Urtheil, solche Ehr-Verletzung aufheben, und erkennen, daß dem Beklagten solcher Widerruff und Abbitt, oder was ihme sonsten auferlegt worden, an seinen Ehren und Leumuth, die er ihme hiemit thue, vorbehalten, unverletzlich und unnachtheilig seyn solle.

Summaria.

1. Ob der Richter bey der Injuri Klag dem Verurtheilten die Ehr und guten Rueff vorbehalten könne?

2. Ob dises auf alle Richter sich erstrecke? Die nur die nidere Jurisdiction haben?

1. Es ist in der Injurien Materi eine bekannte Frag bey denen Rechts-Gelehrten, ob der Richter dem Injurianten, welcher zur Abbitt, oder auch bey der Injuri Klag um ein gewisses Stuck-Geld condemnirt worden, seine Ehr vorbehalten könne? Und es scheint, er könne dises nicht thun, aus Ursach, weil offentlich bekannt ist, daß die Injuri-Klag eine Infamität nach sich ziehe. L. Lex cornelia. 5. §. si quis 9. L. Divus 40. L. Judici 42. ff. de injur. L. 1. ff. de his, qui not. infam. L. Athletas 4. §. ult. ff. eod. L. injuriarum 10. L. non damnatos 18. Cod. ex quib. caus. infam. irrog. Clarus L. 5. Sent. §. injuria n. 8. Farinac. dict. quæst. 105. n. 61. Gail lib. obs. 102. Scheint also nicht in des Richters Gewalt zu seyn, daß er die Infamität, welche durch so vil Rechts-Stöll dem Injurianten zugeschoben wird, absonderlich, wann der Richter nur ein gemeiner Richter ist, nachlassen könne; Wie Gewalt hat Zasius in L. acta. §. de amplianda, ff. de re Jud. n. 7. Vultejus in §. pœna autem 7. Inst. de pœn. n. 7. Krafft des ausdrucklichen Text in L. non poterit 63. ff. de furt. wo gesagt wird, daß der Land-Pfleger nicht könne Zuwegen bringen, daß der pacto furti condemnirte nicht infam werde, wann also der Land-Pfleger solches nicht thun kan, so kan solches noch vilweniger ein geringerer Richter thun. Dessen doch ohneracht verordnet unser Art. das Widerspiel, daß der Richter jenem, der so wohl zur Abbitt und Widerruffung, als auch bey der Injuri-Klag um Geld condemnirt worden, seine Ehr vorbehalten können, da er in dem Sentenz beysetzt, den Injurianten weder die Abbitt- und Widerruffung noch die Geld-Satisfaction an seiner Ehr schädlich oder abbrüchig seyn soll, welches auch andere Authores begnehmigen. Gail. lib 1. obs. 65. n. 5. & 6. Schrader de feud. part. 9. princ. part. 2. sect. 6. n. 49. Harprecht. in §. in summa 10. Inst. de Injur. Berlich. loc. cit. lib. 5. conclus. 63. n. 34. Und diß erstreckt sich auch auf alle gemeine Richter, die 2.
nur die nidere Gerichtbarkeit haben, obwohlen Vultej. in §. pœna. 7. Inst. de injur. n. 9. disen Gewalt allein denen höhern Gerichtern zueignet, von welchen nicht kan appellirt werden. Dessen ist die Ursach, weil die Injuri Händel gehässig seynd, und also, so vil seyn kan, einzuschräncken seynd, und es scheint, daß disen Sentenz unser Art. approbire, welcher in genere von jedwederen Richter redet; jenes doch ist nicht unbillig, daß die Vorbehaltung der Ehr aus einer wichtigen

tigen Ursach geschehe, zum Exempel weil villeicht die Injuri nur gering gewesen, welche die Straff der Infamität weit übersteigte, zum Exempel wann seiner einen Handwercks-Mann ein Schalck, einen Lecker ꝛc. gescholten, daß in solchem Fall wäre allzu hart, wann der Injuriant wegen solch aus Zorn und gehe ausgestossene Wort, weßwegen er zur Abitt und Widerruffung angehalten worden, müsse Infam werden, und sein Handwerck verliehren, wie bey denen Handwercks Leuthen der Brauch ist, daß ein solch diffamirter vom Handwerck ausgeschlossen, und weder zu Förderung der Lehrjungen, noch Gesellen zugelassen worden, biß sie ihr Ehr wider erlangen. Wann aber die zugefügte Injuri so hart ist, daß sie eine Todts-Straff nach sich ziehet, wann der diffamirte hierüber erwiesen werden könnte, so muß auch der Richter zu Vorbehaltung der Ehr gar zu leicht nicht seyn, worüber zu lesen ist Berlich. loc. cit. n. 36. & seq. Vultej. dict. §. pœna. 7. Inst. de Iniur. n. 9. Gillhaus. in sua art. crim. cap. 2. tit. 434. Wesenbec. in parat. ff. de iniur. n. 18.

Der zehende Articul.

WAnn die Schmach-Klag, und des Beklagten Antwort also beschaffen, der zweyfäntlich ist, welcher Theil zu der Schmach-Ursach gegeben, oder sonsten die Sach unlauter, mag der Richter die gantze Schmach-Klag, Amts halben wohl aufheben, also, daß sie keinem Theil an seinen Ehren verletzlich seyn soll. Wär aber die Schmach-Klag also gestaltet, daß sie klar und offenbar, soll kein Richter Macht haben, dieselb ohne beyder Theil Einwilligung, Amts halben aufzuheben, sonder erkennen, was recht, und in obgesetzten Articuln verordnet ist.

Doch soll dem Lands-Fürsten in allweeg vorbehalten seyn, nach gestaltsame der Sachen, Beschaffenheit der Personen, Ansehen der Geschlechter, und Freundschafft, und anderer Umständen, aus Lands-Fürstlicher Macht und Gewalt, die Schmach-Klag in einem und anderem Fall, gantz und gar abzustellen, aufzuheben, und zu vernichtigen, ob gleich der ein, oder ander Theil in die Aufhebung nicht bewilligen wollt, und soll nichts destoweniger in solchem Fall der Aufhebung, bey des Lands-Fürsten Erkanntnuß stehen, ob er denjenigen, bey welchem sich die Ungebühr und Frevel an meisten erfunden, oder auch beyde Theil, der Gebühr nach, ohne Verletzung der Ehren, straffen wölle.

Summaria.

1. Ob der Richter den Gewalt habe, den gantzen *Injuri Proceß* Amts halber aufzuheben, und zu zernichten?
2. Ob diser Gewalt dem Fürsten zustehe, absonderlich bey *injuri* Händlen oder Adelichen Persohnen?
3. Ob diser dem Lands-Fürsten vorbehaltene Gewalt auch dem Hof-Rath und denen Regirungen zustehe?
4. Wann der *injuri-Proceß* aufgehoben ist, ob dem Fürsten frey stehe, ein oder den anderen Theil nach Verdienen zu bestraffen?

EIne andere und in etwas unterschiede Frag wird in disem Art. gestellt, ob nehmlich dem Richter auch der Gewalt zustehe, bey Iniuri Händlen den gantzen Proceß-Amts halber völlig auf zu heben, und zu zenichten? Und es antwortet der Art. daß, wann aus der angestellten Klag, und des Beklagten Antwort zweiffelhafftig ist, welcher Theil zu der Schmach Ursach gegeben, oder sonsten die Sach unlauter ist, der Richter die gantze Schmach-Klag aufheben könne, also daß sie keinem Theil an seinen Ehren verletzlich sein soll, welches gar offt auf dem Land bey Gerichtern zu geschehen pflegt, wann die Baurn im Rausch oder halb Betrunckner Händel anfangen, welche einander mit Briglen und Kanten begegnen, und ein ander mit mündlichen und thätliche Iniurien übel zu richten in solcher Verwir-

rung, daß man nicht wissen kan, wer an denen Rauff-Händlen der Anfänger gewesen, oder mehrers mit Worten oder
1. Briglen zu geworffen habe. Der Art. setzt doch bey, daß der Richter zu Aufhebung solcher Klag nicht schreitten soll noch könne, wann der Iniuriant bekannt, und der Stritt an sich selbst klar ist. Was ist aber Rechtens, wann die Parthe yen selbsten sich gütlich mit einander verglichen haben, wie dise gemeine Leut meistens zu thun pflegen, wo nicht zu Nachlassung, wenigist zu Milderung der Straff? Es kan der Richter Krafft unsers Art. auch den Process Amts halber aufheben, mit Vorbehalt jedes Theils Ehr, doch mit Vorbehalt der Gerichtlichē Straff, so nach Beschaffenheit der Umständ denen Partheyen zu setzen ist.

Wann man sagt, daß in Iniuri-Sachen unter denen Partheyen kein Vergleich ohne Sraff der Infamität könne gemacht werden; So antworten wir, diß seye wahr, auf solche Weiß, wie wir oben gesagt haben, das ist, wann der Diffamirte Krafft des Vergleichs Geld empfangt, dann, daß durch einen Vergleich die Iniuri umsonst könnt nachgelassen werden, hierüber zweifflet niemand, weil dises mehr Christlich als Infam ist, unterdessen doch, weil die Reu das Verbrechen nicht aufhebt, so verbleibt dem Richter die Straff, obwohlen er auf der Partheyen gütlichen Vergleich den Iniuri-Process aufheben kan.

Wann aber dise 3. Fäll nicht verhanden seynd, das ist, wann der Anfänger der Schmach nicht bekannt, oder der Handel an sich selbsten zweiffelhafftig und unlauter ist, noch die Partheyen sich mit einander vergleichen können, sonder ein oder der andere Theil, oder beyde die Erkanntnuß der Justiz verlangen, so muß der Richter in Sachen verfahren, und aussprechen, wie recht ist; Nichts destoweniger doch vermeynen wir, daß ungeacht solchen Verlangens dem Richter frey stehe, daß er in Krafft des vorgehenden Art. in dem Sentenz dem überwundenen Theil aus einer sonderbaren und rechtmäßigen Ursach, wovon wir oben gemeldet haben, seine Ehr vorbehalten könne, absonderlich, wann der Verlurst der Ehr schwärer wäre, als die Iniurien selbsten ist.

2. Es thut sich aber der Lands-Fürst und Gesatz-Geber und seinen Nachfolgern den Gewalt vorbehalten, in jedwederen Fall nach Beschaffenheit der Persohnen, Ansehen der Geschlechter, und Freundschafft, die Iniuri-Klag gäntzlich aufheben, auslöschen, und zernichten zu können, wann schon der andere Theil nicht einwilliget, welches nicht in Zweiffel gezogen werden kan, weil der höchste Gewalt des Fürsten an die Gesatz nicht gebunden ist, absonderlich in einer so gehäßigen Materi, wo besser ist, solche in Vergessenheit zu setzen, als bey hohen Familien, und anderen in Ehren und Würden stehenden Leuthen Funcken eines ewigen Haß, Grollens, und Verfolgung gloschen zu lassen.

Wan man fragt, ob auch diser Gewalt, so dem höchsten Fürsten vorbehalten ist, dem Hof-Rath, und Regierungen, welche die höchste Jurisdiction haben, zu stehe. So antworten wir mit Nein, weilen Krafft unsers Art. anscheint, daß dises eine aus denen besonderen Vorbehaltungen des höchsten Fürsten seye, welche denen auch höchsten Gerichtern nicht mitgetheilt werden; Oben haben wir gesagt, daß der Text in L. non poterit. 63. ff. de furt. ausdrucklich verordne, daß der Land-Pfleger die Macht nicht habe, daß er Puncto furti Condemnirte nicht Infam werde, also auch haben solchen Gewalt (in disem dem Lands-Fürsten sonderheitlich vorbehalten Fall) unsere Regierung und der Hof-Rath nicht, weilen meistens disen kein grösserer Gewalt, als denen Land-Pflegeren eingeraumt wird. 3.

Der Art. setzt bey, daß doch in des Fürsten freyen Gewalt stehe, daß auch er nach aufgehebter Iniuri ein oder den anderen Theil, oder beyde, und zwar jeden nach Verdienen bestraffen könne. Wir haben gesehen, bey uns der Brauch zu seyn, daß der Lands-Fürst die gegen einander zu gefügte Iniurien bey denen fürnehmsten Familien aufhebe, die Bennenung der Straffen aber seinen höchsten Dicasterien überlasse, welches sehr nutzlich ist, weil ihnen die Umständ, und wie wir es nennen, die Merita causæ mehrers bekannt seynd, dann obwohlen selten geschieht, daß in Iniuri-Händlen sich einer in der genauen Bescheidenheit enthalten könne, weilen schier allzeit das Sprichwort Platz findet, lästere ich dich, so wird ich von dir gelästert, so ist doch gantz recht, daß jener, welcher mehr sich verlohren hat, auch schwärer bestrafft werde, und deßwegen wird gantz recht denen Dicasteriis die Schöpfung der Straff überlassen, welche aus den Acten die Information haben. 4.

Der

Der eilffte Articul.

Damit aber nicht jemand in Vertröstung, daß die Schmach-Klag Amts-halben möchte aufgehebt werden, desto fürsätzlicher andere schmähe, soll einem jeden Richter bevor stehen, wann gleich die Schmach-Klag, auch mit Bewilligung beyder Partheyen, aufgehebt würdet, nichts destomünder, denjenigen, welcher in Sachen zuvil Unrecht gethan, der Gebühr nach zu straffen, auch zu seiner Erkannt nuß stehen, den Gerichts-Kosten und Schaden gegen einander aufzuheben, oder dem einen Theil die Erstattung desselben, nach seiner Mässigung aufzuladen.

Summarium.

1. Ob die Gerichts-Kösten gegeneinander aufzuheben, oder dem unschuldigen Theil zu zu erkennen seyen?

1. Was wir in vorgehenden schon öffters gesagt haben, das wird hier zu End dises Tituls in genere widerhollt, daß nemlich in jedwederen Fall, wo die Iniuri-Klag aufgehebt wird, es mag solche mit Bewilligung der Partheyen, oder ohne derselben Willen geschehen, nichts destoweniger doch dem Richter frey stehe, jenen, der übel gehandlet zu haben erwiesen worden, in die Straff zu verfällen, ja wann beyde vorbesagter massen die Bescheidenheit überschritten haben, jeden nach Beschaffenheit des Excess zu bestraffen. Was die Gerichts-Kösten belangt, werden solche meistens gegeneinander aufgehoben, wann beyde excedirt haben, wann aber, welches selten geschieht, ein Theil wahrhafft unschuldig gewesen, so ist ungerecht, wann ihm die Gerichts-Kösten und Schäden nicht zugesprochen werden, wann schon die Iniurien vom Richter, und höchsten Fürsten aufgehebt worden. Aus Ursach, weil die Schäden, Interesse, und Gerichts-Kösten obbesagter massen in Krafft der besonderer Action ex L. aquilia gefordert werden, und solche ersetzt werden müssen. Wann nun schon der Fürst die Iniuri-Klag aufhebt, so wird er doch nicht darfür gehalten, daß er auch die Action ex L. aquilia aufheben thue, weil die erste Actio vindicatoria, die andere aber rei persecutoria ist.

Des XLVII. Tituls

Vom Rauffen und Schlagen.

Erster Articul.

Klagt einer den anderen an, er habe ihn gerauffte, geschlagen, oder gestossen, mit Fäusten, Händen, oder mit Füssen, er hab geblütet, oder nicht, hierzu aber keinerley Wehr gebraucht, also der Kläger nicht sprechen mag, daß es mit scharffen Wort geschehen sey, und stehet ihme der Antworter des ohne Laugnen, so ist derselb Antworter dem Kläger die ihme angelegte Schmach, nach Ermässigung des Richters zubessern schuldig, und dem Gericht auch so vil. Wurde aber der Antworter das Laugnen, so soll der Kläger bezeugen, mit zweyen

zu

zu ihm, die es gesehen haben, daß der Antworter ihne dermassen gerauft, geschlagen oder gestossen hab, des soll er geniessen, embrech aber der Antworter dem Kläger, so soll der Antworter sonderlich und Articuls-weiß seinen Schaden benennen, und was ihme nach Mäßigung oder Tax des Richters erkennt würdet, daß er der wider ihne fürgenommen, aber unerwiesner Klag, Schadens genommen hab, den soll ihm sein Wiedertheil ablegen, und den Richter halb so vil zur Buß geben.

Summaria.

1. Was für ein Unterschied seye unter dem Rauffen, und Schlagen?
2. Wie einer das Slagen erweisen müsse? Und wie der Schuldige zu straffen seye?
3. Was Rechtens wann der Kläger mit der Prob nicht außkommt, um was er gehalten seye?
4. Ob ein Geschlagener die erlittene Unbild zu Geld ansetzen könne? Und zu gleich die Wiederruffung begehrn könne?
5. Ob der Richter den Tax nicht milderen könne und müsse?
6. Ob in unsern Vatterland nicht die Schätzung der *Injuri* aufgehoben seye?

Dise zwey letztere Titul seynd wider entnommen worden aus den alten Bayrischen Recht, und weil sie auf die alte Teutsche Sprach verfaßt seynd, deßwegen seynd sie obscur und nicht deutlich. Welche Undeutlichkeit wir kürtzlich auslegen, und dises Werck endigen werden. Wir haben in vorgehenden gesagt, daß der Text. in L. Corneliam de Injuriis drey Stuck in sich enthalten habe, erstlich die schmächliche Briglung, daß andere das Rauffen, und das dritte den gewalthättigen Eintritt in des anderen Hauß: Von denen ersteren zwey Puncten scheinen an, daß dise 2. Art. reden. Der gegenwärtige von Stossen, und der andere von Schlagen, von dem dritten Puncten finden wir nichts verordnetes, ausser was im 7. Art. enthalten ist.

1\. Es ist aber unter dem Stossen, und Schlagen der Unterschied wie unter dem grössern, und kleinern, dann der wird gestossen gennent, der ohne Schmertzen geschlagen worden, und der Geschlagene, der mit Schmertzen geschlagen worden. Unser Art. macht einen anderen Unterschied, ob nehmlich einer Wunden empfangen habe vom anderen mit blossen Händen und Fäusten, oder mit Füssen stossen, oder ob er Schläg bekommen mit Wehr und Waffen. Von dem ersten Theil handlet diser Art. der nachfolgende aber vom anderen Theil, aus welcher Abtheilung so gleich folget, daß eben der Unterschied gleichsam unter dem mehrern und wenigern Excess seye.

2\. Was nun das Schlagen betrifft, das ist, wann einer den anderen ohne Wehr und Waffen angegriffen, und mit blossen seinen Glideren beleidiget hat, das ist Actione Injuriarum ex L. Cornelia gehalten welche besagter massen beständig, das ist auf 30. Jahr lang daurt. Weiters ist er gehalten ex L. aquilia. um allen Schaden, und Interesse, und zwar wider den Laugner um das dopplete, L. contra negantem. 4. Cod. de L. aquil. & §. ex malef. vers. sed & item. §. in duplum. Inst. de actionib. Von keiner diser Actionen insonderheit redet unser Art. sonder sagt simpliciter; Wann einer vom anderen also, wie wir gesagt haben, geschlagen worden, und vor Gericht kommt, ein Unterschied zu machen seye, ob er die zu gefügte Injuri oder Schmach bekenne oder nicht, wann ers bekennt, muß der Beklagte die Smach bessern, nach des Richters Ermäßigung, und wird zur Straff um eben so vil angezogen: Wann aber der Beklagte das Schlagen laugnet, so muß der Kläger mit 2. Zeugen die Prob machen, welche daß des Klägers vom Beklagten auf solche Weiß beschehnes Schlagen gesehen haben, wie solches der Kläger in seiner Klag-Schrifft beschriben hat.

Wann aber der Kläger mit der Prob unterliegt, muß er dem Beklagten allen Schaden ersetzen, welchen er wegen der frevelhafft angestellten Klag erlitten hat, also daß ihm obligt, den Schaden und Kösten zu specificirn, und zu Taxirn, welche Ansetzung der Richer moderirn, und den Klager als muthwilligen Strittling zur Bezahlung condemnirn, und noch darüber um die Helffte der zu gesprochnen Summæ selben bestraffen kan, welch alles zwar an sich selbst glatt ist, dann niemand zweifflet, daß nicht der Kläger in ihm zu gefügte Injuri und Schmach als sein Fundament der Klag erweisen müsse, weil jedem Kläger die Prob-Machung obliegt, und wann er solches nicht præstirn kan, so wird er für einen frevelhafften Kläger gehalten, und deßwegen ist er nicht allein dem 3.

dem Beklagten, welchen er durch dergleichen Klag injurirt hat, um allen Schaden und Interesse, sonder auch dem Richter um die verdiente Straff gehalten.

4. Jetzt aber wird 1. gefragt, ob Krafft dises Art. der Geschlagene seine erlittene Injuri könne zu Geld anschlagen, wie wir oben von mündlichen Injurien gemeldet haben? Und ob er zu gleich auch um Abbittung der Injuri klagen könne? Dem gemeinen Recht nach ist kein Zweiffel, weilen die Actio injuriarum prætoria, und die Actio L. Corneliæ mit einander einschlagen, also daß jener, welcher ex L. Cornelia klagen kan, auch ex edicto prætorio klagen könne. Daß also vile DD. den L. Corneliam für überflüßig gehalten haben: Wann also, wie wir in vorgehenden Titul gesagt haben, die Actio iniuriarum prætoria bey mündlichen Iniurien cumulative zu stehet, sowohl wegen zu Geld angeschlagner Iniuri, als wegen der Abbittung, so wird solche auch Platz haben bey Real-iniurien, welche von grösserer Wichtigkeit und Consideration seynd. Wir bekennen, niemahlen gesehen zu haben, daß wegen Real-iniurien um Abbittung, oder um deren Ersetzung mit Geld klagt worden, villeicht deßwegen, weilen bey denen Real-Iniurien die Retorsion behändter ist, als bey mündlichen Iniurien, dann selten nimmt einer vom anderen ein Ohrfeigen an, daß er solche nicht also gleich zuruck giebt. Oben aber haben wir ausgeführt, daß alle Actio iniuriam weiche, wann einer sein eigner Richter ist, und die Iniuri durch die Retorsion rächet, und dahero kommt es, daß unser Art. allein redet vom Amt des Richters, welcher solche durch schlagen zu gefügte Iniuri schätzen, und das nach Beschaffenheit der Sachen zu erkennte Geld dem Beleidigten zu eignen, die Zweygült oder Duplum aber ihm selbsten an statt der Straff applicirn kan. Mit welchem unsers Erachtens denen ob allegirten Gesatzen de Actione L. aquiliæ genug geschieht, welche in Fall des laugnen den Beklagten um das Dopplete bestrafft.

5. Unter dessen doch können wir nicht laugnen, daß einer, so geschlagen worden, die Actionem iniuriarum æstimatoriam, und die Actionem ad palinodiam anstellen könne. Wegen der Abbittungs-Action ist gar kein Zweiffel, daß sie Platz habe, wann der Geschlagne sich nicht selbsten gerächet hat, und die Ohrfeigen übertragen hat: Was ist aber Rechtens wann der Geschlagene die ihme zugefügte Schmach hoch angesetzt hat: Zum Exempel, um ein oder mehr 1000. fl. muß er wohl eben so vil Krafft unsers Art. dem Richter zur Straff geben? Hierauf antworten wir, daß dem Richter obliege, daß er vor allem die angesetzten Texirung der Iniuri moderire; Wann er nun die Moderirung thut nach Ausweiß des Sentenz, welchen er gefällt hätte, wann keine Klag wäre geführt, und das blosse Richterliche Amt implorirt worden, so sagen wir gantz recht, daß er ihm eben so vil, was geschätzt worden, zur Straff zu sprechen könne: Ein anderes wäre zu sagen, wann der Richter der Parthey, so ein übermäßige Schätzung der Iniuri macht, zu dem Ende willfahren wollte, damit er mit der ihme gebührenden Straff seinen Peutl spicken könnte. Bey unsern niederen Gerichtern wird bey denen Real und Verbal-iniurien nicht erwahrtet, biß die Partheyen vor Gericht gehen, weilen die gemeine Leuth sich meistens unter einander vergleichen, und die Schläg und Schmäch-Händel, so vil sie können, vertuschen, doch macht der Richter aus dergleichen Klagen allein den Gewinn, dann es geschehen schier keine Rauff oder Schmäch-Händel, wo nicht beyde Theil excedirt haben, also daß nach gegen einander aufgehobenen Iniurien jeder Theil den Peutl öffnen, und die Straff seines Muthwillens erlegen muß.

Wür hätten schon zuvor bey dem vorgehenden Titul gern gesagt, daß die Actio iniuriarum æstimatoria in unsern Vatterland abgekommen, weil in allen Gerichtern gemeiniglich die Iniurien gegen einander aufgehoben werden, und nach Beschaffenheit der Excess die Ubertretter bestrafft werden. Kaum einmahl aber der Sentenz zum Abbitten, oder zu Geld angeschlagner Injuri, welche Schätzung ohne das schwär ist, gefällt werde. Wann man sagt, obwohlen diß unter gemeinen Leuthen, und Baurs-Volck also, wie wir gesagt haben, räthlich ist, so ergeben sich doch bey denen in grössern Ansehen und ohren stehenden Leuthen die Actiones injuriarum öffters, so wiedersprechen wir dir nicht, unter dessen wirst du selten sehen, daß die in Würden stehende Leuth in Real-injurien verfallen, wohl aber auf heraus forderen und Duell: Wovon zu reden anderstwo Gelegenheit sich ergeben wird, oder wo die Duell nicht zu gelassen werden, thun dergleichen in Würden und Ehren stehende Leuth gar selten auf die Actionem injuriarum æstimatoriam verfallen, weil sie ihre Ehr und Ansehen für unschätzbar halten. In welchem Fall nichts übrig ist, als die Action um Abbittung, also das vorbesagter massen allzeit mehr das Richterliche Amt, als die Klag der Parthey Platz hat, welches die Ursach ist, daß wir von denen Erfordernussen zur Action ex L. Cornelia, oder 6.

ad

ad Actionem æstimatoriam ex edicto prætoris in unsern Statuten nichts verordnetes zu finden ist, weßwegen doch die DD. so sorgfältig seynd.

Der anderte Articul.

WEr Schwerdt, oder Messer zuckt, da der Richter, sein Diener, oder Scherg bey ist, die mögen ihme die Wöhr aus der Hand also bloß wohl nehmen, und da mag, noch soll niemand für schwören, es soll auch die entblößte Wöhr dem Richter verfallen seyn.

Summaria.

1. Ob erlaubt in Rauff-Händlen sich dem Richter, oder seinen Bedienten zu wiedersetzen?
2. Wie das Wort schwöhren aus zu legen seye?

UNter die Gattungen der Real-Iniurien wird in disem Art. auch gezehlt, wann einer über den anderen den Degen, oder ein Messer zuckt, oder anderen Waffen ergriffen hat, und zwar entweders geschieht diß in Gegenwart des Richters, und der Gerichts-Diener, oder in deren Abwesenheit.

1. Von dem ersten handlet diser Art. und von dem anderen der folgende Art. was das erste anbelangt, verordnet unser Art. daß wann der Richter oder seine Schergen zum Handel kommen, in welchem einer seinen Degen oder Messer entblößt, oder andere Waffen wider den anderen ergriffen hat, solche berechtiget seyen, die Waffen wegzunemmen, und auszureissen, so weit, daß sich niemand dem Richter oder denen Schergen wiedersetzen darff, darfür mag, noch soll niemand schwöhren. Welche alte Wort also zu lesen seynd, darfür mag, noch soll niemand wöhren. Aus Ursach, weil die Authorität des Richters nicht zu beleidigen ist, und diß wird auch auf die Gerichts-Bediente erstreckt, wann sie etwas aus Noth ihres Amts verrichten, wie wir schon oben von ihren Gewalt bey Ausruffung des Frid-Banns gesagt haben.

Wann aber einer das Wort schwöhren beybehalten will, so müssen wir auslegen, daß dergleichen rauffenden Leuthen die Waffen wegzunemmen seyen, obwohlen einer für solche auch ein eydliche Caution geben will: Aus Ursach weil eine grössere Sicherheit ist bey Abnemmung der Waffen, als bey der Caution-Præstirung, wegen nicht beschehen sollender Beschädigung. Es mögen nun der Richter selbst, oder seine Gerichts-Diener die Waffen weggenommen haben, so seynd allzeit solche dem Richter verfallen, welches auch der gemeine Gebrauch auf andere Waffen erstreckt, weil überal der Brauch ist, daß, wann die Baurn im Wirths-Hauß mit Kanten und Krieg einander werffen, solche der Richter für verfallen haltet, und ihm zu eignet, welches unsers Erachtens gantz recht geschieht, dann, damit wir zu den 3. Art. kommen. 2

Der dritte Articul.

WEr wider den anderen scharpffe Waffen zuckt, als Püxen, Schwerdt, Messer, Prachsen, Degen, Helmparthen, Spieß, oder dergleichen, und damit nicht Schaden thut, würdet des der Richter, Scherg, oder ihr Amtmann gewahr, der soll ihn darum Gerichtlich büssen.

Summaria.

1. Was Rechtens, wann einer das Messer entblest, und Waffen ergriffen hat, ob er solche verliehre, und was unter den Waffen verstanden werde?
2. Ob die Angreiffer ihre Waffen verliehren, es mag der Richter, oder seine Diener dabey gewessen seyn oder nicht?
3. Wann einer die Faust zum Schlagen erhebt, wann er schon nicht schlagt, ob er gestrafft werde?

1. Diß wird ausdrucklich in disem Art. approbirt, weil unter die Waffen nicht allein die Degen, und Messer, sonder auch die Schwerdt, die Dolchen, Stangen, und Prigl, und dergleichen mehr begriffen seynd, welchen ja auch die kupferne und zünene Kanten und Geschirr bey zu zehlen seynd, dann, weilen mit dissen auch schwäre Verwundungen geschehen können, wie durch andere Gattungen der Waffen. So seynd auch um so mehr denen Rauffenden die Geschoß abzunehmen, und aus Händen zu reissen, weil bey solchen die Gefahr zu schaden weit grösser, schneller und gewisser ist. übrigens handlet diser Art. von Entblößund Erhebung der Waffen in Fall, wo der Richter oder seine Diener nicht zu gegen seynd, und verordnet, daß nichts destoweniger dergleichen Frevler, wann sie schon keinen Schaden zu gefügt haben, wann sie der Richter weißt, mit verdienter billiger Straff belegen könne.

Man wird fragen, warum in disem Casu von Verlurst der Waffen der Art. nichts sage? Gewiß der Brauch bringt mit sich, daß die Dorff-Richter der Baurn Kanten und Deller für ihm verfallen halten und ihnen zu eignen, sie oder ihre Diener mögen beym Rauff-Handel gewessen seyn oder nicht. Und der Rector Magnificus fordert von denen Studenten die Degen ab, wann er schon nicht bey deren Rauff-Händlen gewessen ist: Wann schon das Wiederspiel aus disen Art. erweisen zu können anscheint, weil der Art. von Verlurst des Gewöhrs in disem andern Casu, wo das Gewöhr in Abwesenheit des Richters und seiner Diener entblößt und erhebt worden, kein Wort meldt, gleichwie in vorgehenden Art. auch wegen einer anderen dem Richter zu stehenden Straff als Abnahm der Waffen nichts verordnet wird, daß also anscheint, daß alldort die Abnahm des Gewöhrs an statt der Straff gehalten werde, und in disem Art. die dem Richter vorbehaltene Straff an statt der Abnahm der Waffen seye.

Wir aber vermeynen, daß dergleichen Angreiffer allzeit ihre Gewöhr verliehren, sie mögen solche in Gegenwart des Richters, und seiner Diener, oder deren Abwesenheit entblößt haben, und nichts destoweniger nach Beschaffenheit der Umständ bestrafft werden können: Aus Ursach, weilen sie allzeit eine Injuriam realem begehen. 2.

Wann aber einer beklagt und bestrafft werden kan, als ein Iniuriant, wann er nur die Hand wider den anderen aufhebt, und ihn erschröckt, als wollt er in schlagen: Krafft des ausdrucklichen Text in L. item apud 15. §. si quis pulsatus 1. ff. de iniuriis. Damhaud. in sua pract. crim. cap. 37. n. 2. Farinac. in sua pract. crim. part. 3. quæst. 105. n. 7. & seq. und andere. Wo nicht Actione L. corneliæ, wenigist ex edicto prætoris. Wie Gloss. ibid. lit. C. will, warum nicht desto mehr jener als ein Iniuriant bestrafft werden können, der um Schaden zu zu fügen die Waffen wider den anderen entblößt und erhebt hat. 3.

Der vierte Articul.

Wer vor dem Richter, Schwerdt, Messer, oder andere Waffen zuckt, er thut damit Schaden oder nicht, der soll von dem Richter nach seiner Ermäßigung darum gestrafft werden, wer auch den anderen vor offnem Gericht lügen heißt, oder sonst Unzucht vor Gericht treibt, der soll nach Gelegenheit der Umständ und Erkanntnuß ernstlich gestrafft werden.

Sum-

Summarium.

1. Wann einer vor Gericht den anderen lügen heißt, die Faust oder Waffen aufhebt, ob er zu bestraffen seye?

1. IN gleichem ist auch jener zu bestraffen, der vor dem Richter (verstehe vor oder in dem Gericht, dann von der Gegenwart des Richters ausser Gericht, haben wir schon bey dem 1. Art. gered) die Waffen entblößt und erhebt hat, ja, weil hiedurch auch die Ehrenbütigkeit des Orths betastet wird, so ist ein solcher weit schwärer und härter zu bestraffen, als, wann er solches ausser Gericht vor dem Richter, oder in dessen Abwesenheit gethan hat. Ja, weilen denen vor Gericht Erscheinenden wenigist gemeinen und schlechten Unterthanen das Waffen tragen nicht gestattet wird, so ist eben diß zu sagen, wann einer in Gericht die Faust oder Füß um zu schlagen erhebt, daß solcher nach Ermäßigung des Richters scharff zu bestraffen seye, weil ein solche Unzucht, wie es der Art. nennet, bey Gericht unerträglich ist. Welches weiters aus unsern Art. erwiesen wird, welcher befihlt auch jenen zu straffen, der in Gericht den anderen lügen heißt, wann also dise Unbild zu bestraffen ist, so ist noch vilmehr die Real-iniuri zu bestraffen, die durch Erhebung der Faust oder Fuß geschieht, wann schon kein Streich oder Stos, oder Schaden geschehen ist.

Der fünffte Articul.

WAer, daß einer freventlich mit gewaffneter Hand in einen Freyt-Hof oder Kirchen laufft, und ein Ungebühr darinnen thät, oder darinn anhieb, es geschehe darinn Schaden oder nicht, soll derselbig nach Beschaffenheit der Umständ unnachläßlich, auch da das Verbrechen so groß und freventlich, malefizisch gestrafft werden, in massen im 16. Articul §. der sibenzehend, ersten Theils, der erklärten Lands-Freyheit, auch versehen ist.

Summarium.

1. Wann einer mit bewaffneter Hand freventlich in die Kirch, oder Freyt-Hof laufft, ob er nicht *Criminaliter* bestrafft werde?

1. DIser Art. schlagt auch und die Vorgehende ein, welcher von Unzuchten redet, welche in geweyhten Orthen begangen werden, als wann einer mit gewaffneter Hand freventlich in die Kirch oder Freyt-Hoff laufft; Dann diser muß nach Beschaffenheit der Umständ bestrafft werden, es mag aus solcher Boßheit ein Schaden erfolgt seyn oder nicht: Ja dises Verbrechen wird malefizisch angesehen, Krafft des 16. Art. § 17. part. 1. der erklärten Lands-Freyheit, wovon wir an seinen Orth und Zeit ein mehrers sehen werden.

Der sechste Articul.

WO in einem Auflauff, darzu ehrbare Leuth kommen, und in gütem Trauen ohne alles Gefährde scheiden, jemanden ein Schad beschehe, und der jenig, dem der Schad beschehen ist, spräche, daß der Scheider gefährlich gescheiden, er auch seinen Schaden von seinetwegen empfangen hab, dargegen aber der Scheider bereden mag mit seinem Eyd, daß er getreulich und ungefährlich hab gescheiden, soll er dessen geniessen, und dem Beschädigten deßhalben nichts schuldig seyn. Es wollte dann der Beschädigt genungsam ausführen, daß der Scheider gefährlich geschei-

den hab. Entgegen da der Scheider beschädigt wurde, soll ihme auch von denen, zwischen welchen er gescheiden hat, auf sein Begehrn, Rechtens verholffen werden.

Summaria.

1. Wie villerley Schied-Leuth seyen?
2. Was Rechtens, wann der Schieds-Mann beschädiget worden, oder den andere beschädiget hat, was für eine Action-Platz habe?
3. Wann in Rauff-Handel mehrere am Schaden schuldig seynd, aber der Thäter nicht wißlich ist, ob alle in solidum gehalten seyen?

1. BEy Rauff-Händlen, und offentlich entstanden Zwistigkeiten geschieht meistens, daß sich andere einmischen, und ins Mittel tretten, welches zweyfach geschehen kan, in gutem oder bösen Absehen, daß nehmlich sie Frieden machen, allen Schaden und Ungelegenheit vermittlen, welches Absehen ja löblich ist, oder, damit sie einem aus denen Rauffenden als guten Freund zu Hülff kommen, und die Händ reichen: Wegen denen ersteren ist das gemeinen Sprich-Wort, daß die Rötter und Scheider gemeiniglich die beste Stöß darvon tragen. Welches auch denen anderen geschehen kan, wann jener Theil, dem sie zu Hülff kommen, schwächer ist, unser Art. nun setzt dise Frag, was Rechtens seye, wann zwischen dem Beschädigten, und dem Scheider Stritt entstehet, ob die Beschädigung aus Schuld des Scheiders geschehen sey oder nicht.

2. Und es wird geantwortet, daß, wann der Scheider eydlich behauptet, daß er ehrlich und treulich einen Schieds-Mann abgegeben und keinem Theil mehr oder weniger geholffen habe, der beschädigte Theil wider ihn kein Klag oder Action führen könne, wann nicht der Beschädigte das Wiederspiel handgreifflich und sattsam wird probirn können. Nun sieht der geneigte Leser hier, daß diser Art. abermahlen aus unsern alten Land-Recht hergenommen worden, wo in sehr vilen Causis von dem Beklagten vor Altem allzeit erfordert wurde, daß er eydlich den Krieg befestigen müssen, welches heut zu Tag lediglich gar nicht mehr im Brauch ist; Wann aber der im Rauffen Beschädigte die Schuld seiner Beschädigung auf den Scheider würfft, und diser solches widerspricht, so muß der Kläger die Prob machen; Ist also diser Eyd, welchen der Art. dem Scheider auflegt, auf keine Weiß ein Juramentum litis decisorium, weil sonsten nach solch abgelegten Eyd der Beschädigte zur widrigen Prob-Führung nicht mehr könnte zu gelassen werden, wie wir diß schon anderstwo weitläuffiger ausgeführt, und aus dem uralten ersten Bayrischen Recht-Buch erwiesen haben, daß bey unsern einfältigen und aufrichtigen Teutschen der Brauch gewesen, daß gleichsam alle Klag, und Kriegs-Befestigung eydlich angefangen und geführt werden müssen, welcher Eyd in unsern jezigen Procels gennent wird Juramentum dandorum & respondendorum, und wird solcher als dann erst abgelegt, wann die Klag in gewisse Articul abgetheillt wird, doch anderst nicht als auf Begehrn daß also mehrere Gerichtliche Eyd in Abgang kommen, und also man das alte Spott-Wort nicht mehr nöthig hat, daß die Juristen in ihren Processen so vil Eyd haben, als Täg im Jahr seynd. Unter dessen ist wahr, daß, wann einer um den Handel aufzuheben nicht aus guten sonder bösen Absehen zu tritt, und seinem Freund zu Hülff kommt, und macht, daß der Gegner beschädiget werde, er ex L. aquilia gehalten seye, als welche nicht allein wider den Beschädiger, sonder auch wider dessen Helffer-Platz hat; Endlich setzt der Art. bey, daß, wann der Scheider selbst, der sich in guten Absehen zum Scheiden brauchen lassen, beschädigt worden, auch ihm seine Action wider die Beschädiger zu stehe.

Hier aber ist eine höchere Frag, wann einem Unschuldigen im Rauffen, oder auch dem Scheider selbsten Schaden zu gefügt worden, und man nicht weißt, wer den Schaden verursacht habe, was in solchem Fall zu thun seye? Und wird geantwortet aus dem L. item Mela 11. §. 2. ff. ad L. aquiliam, wann mehrere einen Knecht geschlagen haben, frage ich, ob alle, als thäten sie gleichsam tödten, gehalten seyen? Und wann erhellet, durch wessen Streich er gestorben, der ist, als wann er tödtete, gehalten, welches wann nicht bekannt ist, sagt Julianus daß alle, als hätten sie getödtet, gehalten seyen. Wo die Gloss. sub litt. A. beysetzt, sie seyen in solidum gehalten, also, wie der Text fortfahrt, wann einer klagt wird, 3.

die

die übrige nicht befreyet werden, aus beygesetzter Ursach: Dann Krafft des. L. aquiliæ was ein anderer præstirt hat, den anderen nichts hülfft, weil es ein Straff ist: Welche Verordnung auch von darumen nicht unvernünfftig ist, weilen der in solchem Tumult zu gefügte Schaden von darumen jedem zu gemessen werden kan, dann obwohlen sie nicht in der That zur Verwundung und Verletzung geholffen, doch wenigist sie mit Rath und Hülff das ihrige beygetragen haben, weil sie meistens ein ander anfrischen, Schlag zu Bue, werth dich Bue. Aber bey der Action L. aquiliæ werden die Anhuscher Helffer, und Beyspringer in der That oder mit Worten nicht münder bestrafft, als die Thäter und Verwunder oder Schaden Zufüger selbsten, wie wir Exempel haben bey der Action arborum furtim Cæsarum. L. si plures. ff. arb. furtim cæs. in der Action quod metûs causa. L. si cum exceptione §. fin. ff. quod metûs causa. In actione furti. L. 1. Cod. de condict. furt. Wann man sagt, es sey das Widerspiel enthalten in L. sententiam 45. §. cum stramenta 3. ff. ad L. aquiliam. wo gesagt wird, wann zwey Sonnwent-Feur also zu sammen kommen, daß beyde gefallen, und der anderen durch die Flammen verzöhrt zu Grund gangen, wird gefragt, ob deßwegen ein Klag-Platz habe? Und es antwortet Paulus, daß deßwegen kein Actio-Platz finde, wann nicht bekannt ist, wär Schuld habe: Also auch kan wegen im Rauff-Handel unter vilen beschehnen Schaden kein Action-Platz finden, wann nicht bekannt ist, wär aus mehreren dem anderen Schaden zu gefügt habe: Wir aber antworten, daß zwischen beyden Fällen ein grosser Unterschied sey, daß in unsern Casu wird præsupponirt, daß einer zum Exempel der Scheider im Rauffen von mehrern verletzt seye, daß also die Beschädiger gewiß seynd; In letzteren Casu des L. scientiam &c. ist nicht wißlich, wir aus disen beyden die Ursach des Schadens seye: Ist sich also nicht zu verwunderen, wann in dem ersten Fall alle in solidum gehalten seynd, in dem letzteren Casu aber keiner. Gewiß dise Verordnung des L. item mela 11. ist deßwegen sehr gut, weil sie Gelegenheit giebt, auf den Grund der Wahrheit zu kommen, dann es ist nicht zu zweifflen 2c. daß nicht, wann alle in solidum verdamt werden, selbe den Beschädiger angeben werden, damit sie sich desto ehender aus den Handel ziehen.

Der siebende Articul.

WEr den anderen beklagt, er hab in heimgesucht, mit gewaffneter Hand, in seinem Hauß, oder in seinem Hof, stehet der Antworter des ohn Laugnen, so soll er solchen erzeigten Gewalt, und Schmach dem Kläger bessern, nach Ermäßigung des Richters, und dem Richter halb so vil zur Buß verfallen haben. Wurde aber der Antworter des in Laugnen stehen, soll er von der Klag ledig seyn, es möcht dann der Kläger wahr machen, mit Zeugen zu ihm, die es gesehen hätten, daß es der Antworter gethan hab, daß soll der Kläger geniessen. Rettet auch der, so heimgesucht worden, sein Hauß-Ehr ohne Todt-Schlag, so ist er dem Gericht, und auch deme, der ihn heimgesucht hat, nichts schuldig. Es mögen auch des Hauß Würths-Knecht, oder seine Innleuth, die Manns-Persohnen, und zu ihren Tagen kommen seynd, des Guth Zeugen seyn. Entbrech aber der Antworter dem Kläger, so ist der Kläger dem Antworter, und dem Gericht Abtrag und Straff schuldig, nach Ermäßigung des Richters. Geschehe aber solch Heimsuchung bey nächtlicher Weil, so soll die Buß und Straff auch grösser seyn.

Summaria.

1. Ob jener gestrafft werde, der den anderen in seinen Hauß mit bewaffneter Hand heimsucht, wann er schon keinen Schaden zu gefügt hat?
2. Ob der *injurirte* dise *injuri* schätzen, und zur *satisfaction* Geld begehren könne?
3. Ob der Richter allein den halben Theil von der *satisfaction* für die Straff bekomme?
4. Wann zu Nacht solch bewaffnete Heimsuchung geschicht, ob solche schwärer gestrafft werde?
5. Wann einer sich wider solchen Heimsucher auf all mögliche Weiß beschützt, ob er wegen des daraus entstandenen Schaden gehalten seye?

Wei-

1. Weilem einem jeden sein Hauß daß sicheriste Orth seyn soll. L. perique 18. ff. de in jus vocando. also daß jener Actione injuriarum ex L. Cornelia gehalten ist, welcher wider Willen des Herrns in ein fremdes Hauß eingetretten L. qui in domum 22. ff. de iniur. wann schon das Hauß nicht eigen, sonder nur im Bestand genommen worden. §. sed & Lex Inst. de iniur. deßwegen thut unser Art. sehr scharff verbietten, daß keiner den anderen mit bewaffneter Hand in seinem Hauß oder Hof besuchen solle. Wann nun einer solch in fremden Hauß oder Hof dem anderen zu gefügten Gewalt einbekennt hat, oder dessen überzeugt ist, so ist er Actione iniuriarum gehalten, wann schon er dem anderen keinen Schaden zu gefügt hat, nach Ermässigung des Richters.

2. Wann man fragt, ob nicht der Iniurirte die ihme zu gefügte Iniuri schätzen, und ein gewisses Stuck Geld zur Satisfaction begehrn könne. So verweisen wir dich zum 1. Art wo wir dise Frag schon weitläuffiger ausgeführt haben, dann wir finden zwischen disen und denselben Art. keinen Unterschied, was den Process betrifft.

3. Was aber die Straff betrifft ist diser merckwürdige Unterschied, daß in dem 1. Art. solche so vil Geld ausmache, als in vil der Richter den Iniurianten dem Kläger zur Satisfaction verdammt: In disem Art. aber wird dem Richter zur Straff allein die Helffte von deme zu gelassen, was dem Iniurirten zur Satisfaction zu gesprochen wird. Was dessen die Ursach seye, sehen wir keine, wann wir nicht villeicht sagen wollten, daß ein grössere Injuri seye, wann einer mit bewaffneter Hand in seinem Hauß überfallen worden, als, wann er vom anderen mit der Faust, Arm, oder Füssen geschlagen oder gestossen worden: Damit nun dem Richter, welcher nach Beschaffenheit des mit bewaffneter Hand in eignen Hauß verjebten Verbrechens zur Satisfaction dem beschädigten Theil eine grössere Summa-Geld zu sprechen muß, kein Gelegenheit gegeben werde auch seinen Säckl zu spicken, so hat unser Durchläuchtigister Gesatz-Geber unsers Erachtens in disem schwäreren Verbrechen die Straff allein auf die Helffte der Satisfactions Summæ setzen wollen, obwohlen villeicht in der That solche in beyden Fall gleich ist: Zum Exempel setze, daß der Titius wegen mit der Faust oder Arm verjebten Schlägen dem Gegner 10. Thaler zu bezahlen condemnirt werde, so ist die Straff des Richters doppelt, das ist, noch so vil, oder auch 10. Thaler, wann aber der Titius mit bewaffneter Hand den anderen in Hauß angriffen, weil diß ja ein schwärerer Verbrechen ist, und um 20. Thaler condemnirt wird, so hat der Richter zur Straff die Helffte, und also nur 10. Thaler, und in der That ist beyde Straff gleich, obwohlen nicht nöthig ist, daß wir bey der gleichen Schöpffungen ein andere Ursach erforderen sollen, als den Willen des Gesatz-Gebers.

Diß setzt doch der Art. sonderheitlich bey, daß, wann ein solche mit bewaffneter Hand beschehne Heimsuchung Nachts-Zeit sich zu getragen, auch die Satisfactions Verschaffung, und des Richters-Straff grösser seyn müsse Wann man fragt um wie vil? So antworten wir, daß stehe in Ermässigung des Richters, weil der Art. nichts specificirt, unterdessen, weilen in Art. 2. Tit. 27. und Art. 2. Tit. 23. der Land-Recht verordnet wird, daß die nächtliche Beschädigung dopplet ersetzt werden müsse, mit der Zwey-Spill. So vermeynen wir, der Richter werde nicht übel thun, wann er einen solchen nächtlichen Angreiffer gleichfalls zur doppleten Satisfaction für dem Beleidigten anhaltet, und um dessen Helffte bestrafft. 4.

In jedwederen Casu aber, es mag einer im Hauß oder Hof überfallen werden zu Tag oder Nacht-Zeit, wann der Inwohner sich mit seinen Haußgenossenen auf all best möglich Weiß defendirt, und, wie der Art. redet, sein Hauß ehreret, so ist er wegen des darauß entstehenden Schadens nicht gehalten, weil er diß zu seiner Rettung und Defension thut, welche einem jeden erlaubt ist. Der Art. nimmt den Todt-Schlag aus, das ist, es soll die Defension cum moderamine inculpatæ tutelæ ohne Excess geschehen Dann, wann solche mit einem Todt-Schlag geschicht, so scheint es seye die Maaß der Defension überschritten worden, also daß die Sach mehrere Untersuchung erfordert, wovon hier zu reden kein Platz ist, weil dise Materi in dem Criminal-Process einläst, über welchem wir villeicht auch seiner Zeit des Vatterlands-Gewohnheit, und Observanz mit mehrerem auslegen werden. 5.

Der

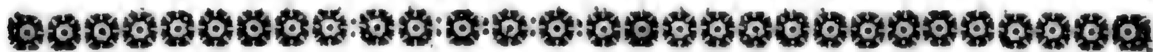
Der achte Articul.

WEr den andern heimsucht in Zorn, oder mit Schelt-Worten, oder ihne aus seiner Herberg heraus fordert, daß nicht mit gewaffneter Hand geschieht, und würdet der Beklagt des überwuden, der ist dem, welchen er heimgesucht hat, nach Erkanntnuß des Richters, solche Heimsuchung zu büssen schuldig, und dem Richter in die Straff gefallen. Hat er aber sondere Schelt-Wort darzu geredt, die soll er insonderheit büssen, als von den Schelt-Worten hievor geschrieben stehet. Embrech aber der Antworter dem Kläger, so ist der Kläger dem Antworter den Gerichts-Kosten und Schaden nach Ermässigung des Richters zu widerkehren schuldig.

Summarium.

Wann die Heimsuchung durch mündliche Herausforderung, oder mit Schelt-Worten, wie solche bestrafft werde? 1.

1. DEr vorgehende Art. hat von der Heimsuchung gehandlet, welche mit bewaffneter Hand durch Eindringung in das Hauß oder Wohnung des anderen geschieht, diser Art. aber handlet allein von der mündlichen Heimsuchung, wann nemlich einer dem andern vor das Hauß kommt, und selben mit Schelt-Worten anfallet, und für das Hauß hinaus fordert. Ein solcher nun ist dopplet straffbar, weilen er den anderen in seinem Hauß beunruhiget, und andertens, weil er denselben mit Schelt-Worten anfallet, die Belästigung, welche dem anderen in seinem Hauß widerfahrt, ist unter die Real-Injurien zu zehlen, die Schmäch-Wort aber, welche dem Innwohner zugestossen werden, werden unter die mündliche Injurien gerechnet, also daß ein solcher Krafft unsers Art. zweyfach zu bestraffen ist, sowohl wegen der Real, als wegen der Verbal-Injurien. Solch beyden Verbrechens Bestraff- und Satisfactions-Verschaffung wird der Ermässigung des Richters überlassen. Es sieht also der geneigte Leser, wahr zu seyn, was wir schon oben gesagt haben, daß in Injuri-Händlen vilmehr alles auf das Richterliche Amt, als auch die Klag der Parthey ankommt. Obwohlen aber die Klag die Heimsuchung, welche durch Herausforderung unter Schelt-Worten geschieht, eine dopplete Straff verdient, so folgt doch nicht, daß solche schwärer seyn müsse, als die Bestraffung der mit bewaffneter Hand beschehenen Heimsuchung, weil ja dise weit straffbarer ist: Es geziemt sich also, daß der Richter bescheidentlich seye, welcher sein Urtheil nach Beschaffenheit und Umständ der That, der Persohnen, der Worten, und Anmassungen reguliren, und abmessen muß, absonderlich weilen unsere neuiste Bayrische Statuten in disem die ältere schier überall corrigirt haben, also daß sie die vor altem in gewissen Schillingen bestandene Straffen schier völlig aufgehoben, und die Grösse der Straffen dem Richterlichen Ermessen überlassen haben.



Des XLVIII. Tituls

Von Werffen, Schlagen, und Verwunden.

Erster Articul.

KLagt jemand den andern an, er habe ihn gewundt, mit Waffen, und scharffen Ort, daß sie offne Bog-Wunden seynd, und beschädiget

niemands darmit, dann einen. Dagegen aber der Antworter sagt, er sey nicht darbey gewesen, da der Kläger beschädiget worden, soll er der Klag ledig seyn, es wölle dann der Kläger beweisen, daß der Antworter mit und darbey gewest seye, da er beschädiget worden ist, darzu soll er gelassen werden, und wo der Kläger das beweißt, und schwört darzu, auf seinen sichtigen Schaden, daß der Antworter ihm den gethan hab, und niemand anders; Das soll der Kläger geniessen, und der Antworter solchen Schaden, es seyen offne Bog-Wunden, Bein-Schrött, läm, oder abgeschlagne Glieder, dem Kläger und dem Gericht bessern, und büssen, und noch darzu dem Beschädigten seinen Saumsal, Artzt-Lohn, und andere Schäden, sonderlich aber da er zu seiner Arbeit, und Nahrung untauglich gemacht worden, von seinem Gegentheil abgelegt werden, alles nach Erkanntnuß und Mässigung des Richters. Seynd aber vil Persohnen bey einer Rumor, oder fürgangener Beschädigung verwandt, so mag der Beschädigte sein Klag zu denselben samtlich, oder einem aus ihnen allen nach seiner Willkuhr wohl fürnemmen, und dieselb beweisen, wie recht ist; Wo aber einer den andern beklagt, er hab ihn geschlagen, und verwundt, darbey niemand dann sie allein gewest, soll angesehen werden, der gut und böß Stand jeder Persohn, da nun der Beklagt ein solche Persohn wäre, welche zänckisch, und polderisch, auch hievor mit dem Beklagtem in ungutem zu thun gehabt hätte, und solches der Kläger auf ihne den Beklagten beybringen, und erweisen möcht, oder sonst kundlich und offenbar wäre, so soll der Kläger auf seinen sichtigen Schaden zu schwören zugelassen werden, es wollte dann der Antworter weisen, daß er auf dieselb Zeit anderstwo sey gewest, dessen soll er geniessen.

Ein gleiche Meynuug hat es, da jemand beklagt würdet, er hab ihne geraufft, geschlagen, oder gestossen, doch ohne einigerley Wöhr, alsdann soll er dem Kläger, die ihme angelegte Schmach bessern, und dem Richter die Straff, alles nach Beschaffenheit des Falls, und Mässigung des Richters, wie vor gemeldt, geben, allein mit der Beweisung hat es einen Unterschied, daß der Beklagte, wann er von solchem Rauffen, Schlagen, oder Stossen keinen offentlichen Schaden kan fürweisen, zum Eyd nicht zu lassen ist, sondern sein Klag, wie recht ist, beweisen muß.

Summaria.

1. Welcher Gestalten der Verwundte den Beschädiger anzeigen, und überweisen müsse?
2. Wann er von einem beschädigt worden, ohne Beyseyn anderer, was er *probiren* müsse?
3. Wann der Beklagt erweißt, daß er zur selben Zeit nicht zugegen am Ort gewesen, ob er Gehör finde?
4. Wann er die Gegenwart nicht widersprochen, sondern allein die Beschädigung, ob der Kläger zum Eyd gelassen werden müsse?
5. Wann die Beschädigung unter dem Rauffen geschehen, ob alle und jede *in solidum* gehalten seyen, in so weit nemlich es die *Satisfaction* und nicht die Straff betrifft?
6. Wann der Beklagte die Gegenwart nicht widerspricht, und von bösen Ruff und polderisch ist, ob der Kläger zur eydlicher Prob auf die sichtbare Wunden zugelassen werde?
7. Ob die eydliche Prob zugelassen werde, wann einer kein fliessende Wunden empfangen, sondern eine Läm- oder Bein-Bruch erlitten hat?
8. Wann die Beschädigung mit umgekehrten Waffen, und nicht mit der Schneid geschehen, ob dise eydliche Prob Platz habe?
9. Ob der Beschädiger dem Beschädigten um allen Schaden, und *Interesse*, auch wegen weichenden Gewinn gehalten seye, und wie solcher zu schätzen?
10. Wann die Beschädigung *doloser* Weiß geschehen, ob der Beschädigte durch das *Juramentum in litem* den Schaden und *Interesse* schätzen konne?
11. Ob man dem Richter für die Straff eben so vil geben müsse, als vil der Beschädiger zur *Satisfaction* angehalten worden?

Wir

Wir haben gesagt, daß die Verordnung des L. Corneliæ de injuriis hauptsächlich 3. Puncten in sich enthalte, nemlich Schlagen, Stossen, und das gewaltthätige Eintretten in des anderen Hauß. Von denen ersteren zwey Puncten als Schlagen und Beunruhigen im Hauß mit Worten oder Wercken haben wir bißhero genugsam geredt: Jetzt ist übrig von Werffen, Schlagen, und Verwunden zu sprechen, und zwar nach Ordnung unsers Art. der einen Unterschied macht, ob das Werffen, Schlagen, und Verwunden geschehen seye mit oder ohne Waffen: Von jenen, was ohne Waffen geschieht, hat der vorgehende Titul geredt, absonderlich in ersten Art. von denen mit Waffen beschehenden Verwundungen und Schlägen handlet diser gegenwärtige und nachfolgende Articul.

1. Und wird 1. dise Regul gesetzt, wann einer mit Waffen verwundet worden, wie der Art. redet, an scharffen Ort, wovon kurtz hernach, das ist, an jenem Theil der Waffen, womit die Wunden zugefügt wird, und die Wunden ein offene Bog-Wunden ist, das ist, ein fliessende offene Wunden, und er sagt, daß er von jenem allein verwundet worden, den er vor Gericht beruffen hat, der Beklagte aber antwortet, daß er allda nicht dabey gewesen, wo der Kläger vorgibt, verwundet worden zu seyn, so ist der Beklagte frey, wann nicht der Kläger probirt, daß der Beklagte in Ort der Beschädigung zugegen gewesen. Weilen jedoch aus dem, daß er zugegen gewesen, nicht folgt, daß er die Verwundung gethan, deßwegen muß der Kläger weiters erweisen, daß eben der Kläger jener seye, welcher ihne beschädiget hat, welche Prob, wann der Kläger mit Zeugen machen kan, so ist die Sach an sich selbsten klar, daß der Beklagte um allen Schaden gehalten seye: Wann aber die Prob durch Zeugen manglet, so laßt unser Art. eine privilegirte Prob zu, nemlich durch den Eyd des Beschädigten. Und diß ist die Verordnung unsers alten sehr duncklen Art. Aus welchem

2. Wir 2. sagen, daß in disem Art. etwas frembdes enthalten seye, welches denen Actionibus injuriarum, sowol, als auch dem L. aquiliæ zuwider ist, wie dann auch die Text unserer alten, und neuisten Statuten mit einander über eins kommen; Zu dessen genaueren Verständnuß seynd hier zwey Casus zu unterscheiden, ob einer beschädiget worden gantz allein ohne Beyseyn eines anderen in einem gewissen Ort, oder ob er beschädigt worden in Tumult und Rauff-Handel; In dem ersten Fall werden abermal zu diser privilegirten Prob zwey Stuck nothwendig erfordert, erstlich daß der Beklagte nach Ablaugnung, daß er in solchem Ort gewesen, von dem Kläger überwiesen worden seye, und andertens, daß der Kläger seine Klag durch die sichtige Verwundung erweisen, und darüber schwören könne, daß solche niemand anderer als der Beklagte zugefügt habe.

Ist also 3. ein grosse Frag, warum unser Art. in denen neuisten Statuten, und in denen älteren Statuten einander zuwider seyen, indeme die ältere Bayrische Statuten vor allem dem Beklagten die Prob-Machung auferlegt haben, daß er zur Zeit der Beschädigung an dem Ort nicht gewesen seye, jetzt aber alle Prob in Gegenspiel dem Kläger aufgetragen wird: Und wir antworten, daß unser alter Art. nicht corrigirt worden, dann wann der wegen der Verwundung Beklagte selbst alsogleich mit der Prob parat stehet, und beweißt, daß er zur selben Zeit, und Ort nicht zugegen gewesen, wo der Kläger die Verwundung geschehen zu seyn vorgibt, so muß eben darum er nothwendig von der Injuri Klag oder L. aquiliæ frey gesprochen werden. Ist also die alte Verordnung nicht aufgehoben, sondern gemildert worden, dann es scheinte gar zu hart zu seyn, daß der Beklagte sein Widersprechen zu probiren schuldig seyn solle, weil sonsten der Widerspruch nicht zu probiren stehet, und dem Kläger und nicht Beklagten die Prob obligt: Und deßwegen ist glaublich dise Correction der alten Statuten geschehen, und alle Prob dem Kläger überschoben worden. 3.

Wann nun 4. der Beklagte wegen seiner Gegenwart überwiesen worden, durch Vorweisung der sichtlichen Wunden, so wird er zur privilegirten eydlicher Prob zugelassen, Krafft welcher er aus eignen Wissen GOtt zum Zeugen anruffend sagt, daß kein anderer, als der Beklagte ihme dise Injuri und Beschädigung zugefügt habe.

Aber in disem 5. haben wir einen grossen Zweyffel, ob dise Zulassung zur privilegirten eydlicher Prob gestattet werde, allein zur Straff des Laugnen? Aus Ursach, weil unser Art. beydes verknüpfft, daß einer über die Gegenwart hat müssen überwiesen werden, und hernach, daß der Kläger schwören könne über die sichtliche Verwundung, daß solche niemand anderer als der Beklagte ihm zugefügt habe. Scheint also diß seye ein Straff des Laugnen, und daß der Kläger ohne solche Laugnung zur ordinari Prob zu verweisen seye. Dann setze, daß der Beklagte nicht laugne, daß er zur Zeit der Beschädigung 4.

am Ort zugegen gewesen, wo solche geschehen, gewiß hieraus folgt nicht, daß er den Schaden zugefügt habe, sondern es muß der Kläger die Beschädigung durch ordentliche und rechtmässige Prob erweisen. Wir haben über solche Sach vile Exempel in gemeinen Recht, dann also wird der Widersprecher der Possession entsetzt, L. cogi. ff. de petit. hæred. L. 9. ff. de rei vind. cap. penult. de jure calum. in 6. der die Bürgschafft widerspricht verliehrt das Beneficium excussionis. auth. contra propriam Cod. de numer. pecun. L. si dubitet 10. § si ita demum. ff. de fidejuss. Der Laugnet, daß sein Vieh Schaden gethan, verliehrt die Wahl, L. 1. §. interdum 15. ff. si quadrup. pauper fecis. dic. L. 4. §. ult. ff. de nox. act. Und ein Socius, der sonsten in solidum nicht kan beklagt werden, verliehrt wegen der Lug dise Freyheit, L. si unus 67. ff. pro socio. Also auch ein Legatarius, der das Testament verbürgt, verliehrt sein Legat, L. penult. Cod. de leg. Und mehr dergleichen Exempel könnten beygebracht werden, daß also gewiß glaubwürdig genug zu seyn anscheinet, daß, wann einer sein Gegenwart nicht, sondern allein die Beschädigung gelaugnet hat, der Kläger zu diser privilegirten Prob nicht zuzulassen seye: Und diser Meynung seynd wir standhafft, wir werden doch uns besserer Meynung gern unterwerffen, dann es ist etwas gar besonders des Klägers eydliche Prob, wodurch er sich zum Kläger, und zum Richter macht, muß also ein besondere Ursach diser Specialität verhanden seyn, welche weilen unser Articul dopplet macht, nemlich die Ablaugnung der Gegenwart, und sichtliche Verwundung, so muß jedwedere zuvor erfüllet werden, ehe der Kläger zur privilegirten eydlicher Prob zugelassen werde.

5. Der andere Casus ist, wann die Verwundung in Tumult geschehen, wo mehrere darbey gewesen, alsdann, haben wir schon oben gesagt, stehet dem Beschädigten frey, ob er wider all beym Rauff-Handel zugegen gweste zugleich, oder wider einen aus ihnen insonderheit klagen wolle, dann alle, und jede seynd in solidum gehalten, stehet also in dessen freyen Willen, wen er immer will zu beklagen, welches also zu verstehen ist, was die Satisfactions-Leistung und nicht die Straff betrifft, dann wann einer die Straff erlegt, so werden dadurch die andere nicht frey.

6. Was ist aber Rechtens 6. wann einer nur einen allein wegen der Beschädig oder Verwundung beklagt, und er bekennt, daß sonst niemand dabey gewesen? Ist wohl der Beklagte nach der gemeinen Regul loß zu sprechen, da der Kläger nichts probirt? Und es antwortet unser Art es sey ein Unterschied zu machen unter denen streitenden Partheyen, welche von guten oder bösen Ruff seyen, und wann der Beklagte gefunden wird, ein strittiger polderischer Mensch zu seyn, und mit dem Kläger öfters Händel gehabt habe, so wird auch dise privilegirte eydliche Prob über die sichtige Wunden, wegen schlechten Ruffs und Lebens-Wandel zugelassen, wann er sich nicht von der Verwundung durch handgreiffliche Prob seiner Abwesenheit befreyen kan. Nun sieht der geneigte Leser, daß die privilegirte Prob über die sichtige Wunden, nicht anderst zugelassen werde, wann nicht entweders des Beklagten Ablaugnen, oder Menge der Rauffenden, oder, wann die Beschädigung ohne jemands Beyseyn geschehen ist, des Beklagten schlechtes Leben und Ruff mit einschlagt.

Es wird aber nicht allein in vorbemeldten Fällen die eydliche Prob zugelassen, wann einer eine sichtliche und fliessende Wunden empfangen hat, mit Hauen, Stechen, oder Beissen, welche Wunden unser Art. Bog-Wunden nennet, sondern auch, wann einer eine Verränckung der Bein, Brechung der Glieder, Ruptur, Netz-Bruch erlitten hat, Krafft der Wort: Es seyen offne Bog-Wunden, Bein-Schrött, lam oder abgeschlagne Glieder. Wovon im 4. Art ein Widerholung geschieht. Wann aber einer nicht mit Waffen, sondern mit blossen Fäusten, Ellbogen, oder Füssen blutig geschlagen, gelämt, oder die Bein brochen worden, oder eine Ruptur bekommen, kan ein Zweyffel seyn, ob er zur solchen privilegirten eydlicher Prob zugelassen werde, aus Ursach, weilen die Angreiffungen, welche mit blossen Fäusten und Gliedern geschehen, so gefährlich nicht seynd, als, welche mit Waffen geschehen mit scharffen Ort. Daß also anscheint, daß wider die bewaffnete Angreiffer allein und nicht wider die Angreiffer mit Fäusten dise privilegirte Prob erfunden worden seye, als welche gehässiger seynd. 7.

Hernach erfordert unser Articul ausdrucklich, daß die mit Waffen beschehne Beschädigung geschehen seye vom scharffen Ort, das ist, von der Schneide, oder dem Spitz, folgt also, daß, wann einer seinen Spieß oder Hellepartten umkehrt, und den anderen allein mit dem Stihl, oder Holtz, oder nach umgekehrten Degen mit dem Griff schlagt, der Eyd über solche Verletzung, wann sie schon sichtig ist, nicht Platz habe; Aus Ursach, weil in 8.

Straff-

sträfflichen Sachen die Wort genau auszulegen seynd, und die Wort des Articuls supponiren, daß die Verwundung, Bein-Bruch, oder Ruptur von jenem Theil der Waffen geschehen seye, welcher zum Schaden gewidmet und zugericht ist; Dann eben darumen, wann einer sich des anderen Theils der Waffen bedient, scheint solcher an, nicht Willens gewesen zu seyn, den Geschlagnen so scharff zu beleydigen, daß folglich der Kläger der privilegirten Prob, wodurch in der That derselbe auch Richter wird, unfähig ist. Dessen doch ohnerachtet bringen die letzte Wort dises Art. klar mit sich, daß auch die eydliche Prob zugelassen werde, wann ein sichtbare Beschädigung auf ein andere Weiß geschehen ist, als mit der Schneid oder Spitz der Waffen: Wann man sagt, diß seye wider den 1. Art. dises Tituls, weil alldort ausdrucklich gesagt wird, daß ein rechtmässige Prob mit Zeugen nothwendig seye, wann schon einer mit Fäusten, Ellebogen oder Füssen biß aufs Blut geschlagen worden. So antworten wir, daß allda allein die Red vom Blut fliessen seye, welches geschieht wegen zerschlagnen Maul oder Nasen, und nicht, welches durch Verwundung des Fleisch, und sichtbare fliessende Wunden geschicht, uns ist einstens begegnet, daß zwey junge Bauern-Kerl in einem Rauff-Handel mit Fäusten zerfallen, wo einer den erlittnen Bruch offentlich hat zeigen können, der sich zum Eyd erbotten, daß er solchen Bruch vom Gegner wegen starck beschehnen Füß-Unterschlagungen mittelst Zerreissung des Netz im Bauch erhalten habe, welchen wir auch zum Eyd zugelassen, und den anderen nebst der Gerichtlichen Straff in allen Schaden und Interesse condemnirt haben.

9\. Was wir aber bißhero gesagt haben, das betrifft die Actionem injuriarum, in welcher der Beleydiger um ein gewisses dem Beschädigten zu bezahlen habendes Stuck Geld, nebst noch so vil dem Richter zur Straff condemnirt wird, neben diser Action aber wird auch dem beschädigten Theil die Action ex L. aquilia um allen Schaden und Interesse gestattet, das ist, wie der Art. selbsten auslegt, zu Abstattung der Chur-Kösten, und nicht allein zu Ersetzung des Damni emergentis, sondern auch des Lucri cessantis; Dann wann ein solch Geschlagner lange Zeit nicht arbeiten kan, so ist der Verletzer um all jenes zu verfällen, was der Verletzte mit seiner Arbeit hätte gewinnen können, ja, wann ihme ein Glied also verletzt worden, daß solches künfftig gantz unbrauchbar ist, so muß der Richter darauf sehen, und reflectiren, und die rechtmässige Satisfaction auf Leib Leben lang verschaffen. Hier wäre ein weitläuffige Materi auszulauffen, wie die Schätzung der Arbeiten, und des Lucri cessantis, und für wie vil Zeit gemacht werden könne, und solle, dann einige erstrecken dise Zeit auf 100. Jahr, weil præsumirt wird, der Mensch könne so lang leben, andere aber machen die Rechnung nach den Text des L. computationi 68. ff. ad falcid. Und endlich einige lassen die gantze Sach der Richterlichen Erkanntnuß über, welch letztere Meynung mit unsern Art. übereins kommt, Krafft der Wort: Alles nach Erkanntnuß, und Mässigung Richters. Vid. Covar. lib. 2. var. resol. cap. 10. n. 7. weitläuffig Farin. in sua pract. parte 4. tit. de homicid. 14. quæst. 119. n. 95. & seq. Clarus lib. 5. sentent. §. homicidium. n. 69. Menoch. lib. 2. arbit. Jud. cent. 2. cas. 122. n. 1. & seq. Ja, welcher den anderen mit Ubertrettung des moderaminis inculpatæ tutelæ schwär verwundt hat, der ist nicht allein denen Handwercks-Leuthen, Advocaten, Kauff-Leuthen, und anderen dergleichen Künstlern und Handels-Leuthen wegen des Lucri cessantis, sondern auch denen Befreundten, Eltern, Kindern gehalten, welche wegen des anderen Verwundung an ihrer Nahrung und Unterhalt Schaden leyden, und wann die Beschädigung doloser Weiß geschehen, so wird der Beschädigte zu Eyd in litem zugelassen, das ist, daß er selbsten den Schaden schätzen kan, durch des anderen Verletzung er also zugericht worden zu seyn, wann aber kein Dolus unterlossen, so wird zwar, wie wir gesagt haben, die Schätzung dem Richter überlassen. Unterdessen, weilen in actione L. aquiliæ die Culpa levis, ja auch levissima præstirt wird, so muß auch der Beschädiger der keinen Dolum gehabt hat, all dise sich ergebende Schäden, und Lucra cessantia ersetzen, wie der geneigte Leser von diser sehr weitläuffigen Materi nicht allein das mehrere bey oben citirten Authoribus, sondern fast bey allen jenen wird sehen können, die über den L. aquiliam geschrieben haben. 10.

Dises aber ist eine Ungeschicklichkeit, wann der Richter zur Straff eben so vil, oder wenigist die Helffte nach Beschaffenheit der That haben will, in wie vil der Beschädiger ex L. aquilia condemnirt wird, weilen unsere vorgehende Art. diß niemahlen getraumt haben, dann so weit die Actio ex L. aquilia um Schaden und Interesse angestellt wird, ist sie rei persecutoria, welche mit der Action injuriarum nichts gemeinschäfftliches hat, unsere 11.

Lan-Recht aber raumen dem Richter für die Straff mehr nicht ein, als eben so vil, oder die Helffte der geschätzten Injuri, welche Verordnung auf die Action ex L. aquilia nicht zu erstrecken ist.

Der anderte Articul.

Wo einer den anderen wundet, raufft, oder schlägt, oder sonsten am Leib beschädiget, aber zu seiner Entschuldigung fürwendet, daß ihne der Beschädigt mit seiner Wöhr erstens überloffen, und angetastet, und er füglich ohne Fährlichkeit, oder Verletzung seines Leibs, Lebens, Ehr und guten Leumuths nicht hätte entweichen können, und ist ihme der Beschädigte das geständig, oder der Beklagte kan es beweisen, wie recht ist, daß es der Kläger mit seiner Wöhr des ersten, gegen ihme erhebt habe, das soll er alsdann geniessen, und gegen dem Kläger, und Gericht, darauf ledig seyn, auch Kläger ihme den Gerichts-Kosten, und allen deshalben erlittenen Schaden, zu widerkehren, auch dem Richter die Buß zu bezahlen schuldig seyn.

Summaria.

1. Zu deme, daß die *Defension* erlaubt seye, ob erfodert werde, daß einer darthue, daß sein Gegner der Angreiffer gewesen?
2. Ob der Angegriffne den ersten Streich erwarten müsse?
3. Ob der Angegriffne fliehen müsse, wann er durch Flucht der Gefahr entgehen kan, also daß er das *Moderamen inculpatæ tutelæ* nicht überschreitte?
4. Wie vil Ursachen seyen, welche den Angegriffenen von der Flucht entschuldigen?

1. Offters haben wir in vorgehenden von dem Moderamine inculpatæ tutelæ Meldung gethan, das ist, wann einer von dem anderen verwundet, geschlagen, oder sonsten am Leib ein Schaden zugefügt worden, und zu seiner Entschuldigung behaupt, daß sein Gegner der Angreiffer gewesen, und ihne mit seinen Waffen überfallen habe, nun wird gefragt ob wohl dise Entschuldigung, und Gegensatz ihne von aller Klag loß mache? Und diß ist die Materi der Defension, welche gegründet ist in L. 1. Cod. unde vi. wo der DD. einhellige Antwort ist, daß die Defension des Lebens, der Güther, und guten Nahmens natürlichen Rechtens seye, wann nur das Moderamen inculpatæ tutelæ nicht überschritten wird. Dise Regul thut gleichfalls unser Art. approbiren.

Zu deme aber 2. wird erfordert, daß einer, der die Defension vorschutzt, vom anderen zuvor angegriffen worden seye, dann es ist keine Defension, wo keine Beleydigung oder Angriff ist, und deßwegen erfordert unser Art. ausdrucklich, daß der Beklagte, der die Gegen- und Noth-Wöhr vorschutzet, probiren und darthun müsse, daß der Gegner der erste Angreiffer gewesen:

Er wird aber 3. von solcher Prob befreyet, wann der Kläger selbsten bekennt, daß er der Angreiffer gewesen, weil kein bessere Prob ist, als des Gegners Bekanntnuß selbst, zumahlen, wann die Prob oder Bekanntnuß da ist, daß der Kläger seine Waffen zuvor entblößt, oder die entblößte wider seinen Gegner erhebt haben, dann diß ist Ursach genug, daß der ander auch seine Waffen ausziehen, und sich dem anderen entgegen setzen kan.

Und in disem 4. ist gewiß, daß der Angegriffene oder Angefallene nicht schuldig seye, den ersten Streich zu erwarten, Krafft der peynlichen Halß-Gerichts Ordnung Art. 140. §. ult. in den Worten: Ist mit seiner Gegen-Wöhr, biß er geschlagen wird, zu warten nicht schuldig. Dann es ist besser vorkommen, als vorgekommen werden, und sein unbekräncktes erhalten, als nach vulnerirter Causa erst ein Mittel suchen. L. si quis percussorem. 3. Cod. ad L. Cornel. de sicariis. 2.

Wo im Gegenspiel 5. der Angreiffer, wann er seinen Gegner zur Gegenwöhr bereit sieht, den ersten Strich führen kan; Aus Ursach, weil er die Ursach gewesen, daß der ander sich mit Rechtem zur Gegenwöhr bereit machen können, welch alles an sich selbsten klar genug ist.

Weilen aber 6. ad moderamen inculpatæ tutelæ erfordert, daß der Angefallene der Gefahr anderst nicht entgehen können, als seinem Gegner männlich entgegen 3.

gegen zu stehen. L. scientiam 45. §. qui cùm aliter 4. ff. ad L. aquil. L. 1. Cod. unde vi. L. ut vim. 3. ff. de J. & J.

Deßwegen wird 7. gefragt, ob der Angefallene fliehen müsse, wann er durch die Flucht der Gefahr entgehen kan? Und in diser Sach haben die DD. dreyerley Meynungen, die erste ist, daß ein Adelicher, und Soldat zu fliehen nicht schuldig seye, wohl aber ein Geistlicher, Bauer, oder ein anderer gemeiner Mann: Die andere Meynung macht einen Unterschied, oder die Flucht gefährlich sey oder nicht, in dem ersten Fall ist niemand schuldig mit seiner Gefahr die Flucht zu ergreiffen, wann er hofft, daß er durch die Defension ehender ohnverletzt bleiben werde. Die dritte Meynung ist, daß das natürliche Defensions-Recht jedem, in was Stand er seye, erlaubt seye, aus mehreren Ursachen, welche zu lesen seynd bey denen nachstehenden Authoribus.

Was 8. unsern Art. belangt, last selber ohne Unterschied der Persohnen als dann erst die Defension zu, wann der Angefallene nicht füglich ohne Gefahr, und Leibs-Verletzung, oder ohne Gefahr des Lebens und Ruffs hat fliehen können, num sieht der geneigte Leser, daß 3. Haupt-Ursachen seyen, welche den Angegriffnen von der Flucht entschuldigen; Die erste ist, wann er nicht füglich weichen kan, welche Ursach ja sehr general und breit ist, und sich auf alle angegrieffene Leuth erstreckt, wessen Stands sie immer seyen, weil in solcher Gefahr gewiß niemand Gelegenheit hat sich zu bedencken, ob er füglich fliehen, oder füglicher den anderen bruglen könne, wie disem Wort füglich die dritte Meynung sehr geneigt ist. Die andere ist, wann die Flucht ohne Gefahr nicht geschehen kan: Dise Ursach bringt wieder unzahlbare Entschuldigung mit sich, weil ein jeder Angegrieffner sagen kan, er sey in der Gefahr gestanden, und sicherer zu seyn vermeynt habe, wann er sich widersetze, als dem Feind durch die Flucht den Rucken zu zeigen. Die dritte ist, die Beschädigung guten Nahmens und Ansehens, welche eigentlich adeliche Leuth und Soldaten betrifft, denen das Fliehen spöttlich ist. Wir könnten sehr viles in diser Defensions-Materi wegen des Moderaminis inculpatæ tutelæ beybringen, wann wir nicht zum End eyleten, wer will kan lesen Farinac. in sua pract. crim. part. 4. §. homicid. quæst. 125. cum seq. Damhaud. in sua pract. crim. cap. 76. Card. Tusch. tom. 2. pract. conclus. lit. D. conclus. 129. Clarum lib. 5. sentent. §. homicid. n. 33. & seq. Covar. in clement. si furios. tit. de homicid. part. 3. §. unic. n. 3. Gail. lib. 2. obs. 110. n. 15. & de pace publ. cap. 16. n. 6. Berlich. lib. 4. conclus. 14. per tot.

Endlich setzt der Art. bey, daß jener, welcher die Noth-Wöhr entweders mit Zeugen, oder durch des Klägers eigne und freywillige Bekanntnuß erweißt, nicht allein zu absolviren, sondern auch der Kläger in alle Kösten und Schäden, ja auch dem Richter zur Straff zu condemniren seye.

Der dritte Articul.

Wo einer den andern wundet mit scharffen Ort, das sichtig Wunden seynd, und sie sich darum mit einander vertragen, ohne des Richters Wissen, das soll dem Richter unschädlich seyn an seiner Buß.

Summarium.

1. Wann einer mit dem anderen geraufft hat, und schwärlich verwundet worden, ob er mit ihm sich gütlich vergleichen könne, doch daß dem Richter die Straff verbleibe?

In disem Art. wird gefragt, wann einer mit dem anderen einen solchen Rauff-Handel gehabt, daß er dabey schwärlich verwundet worden, ob er mit dem anderen sich ohne Vorwissen des Richters gütlich vergleichen könne? Und der Art. antwortet mit Ja, doch also, daß der Richter nichts desto weniger doch den Verwunder nach Beschaffenheit des Verbrechens straffen kan, wie wir schon offt in vorgehenden gesagt haben, daß der unter denen Partheyen getroffne Vergleich dem Richter ohne Præjudiz seye, welches in disem Art. von darumen sonderheit widerhollt wird, weil ein Zweyffel hat seyn können, ob nicht dergleichen Beschädigungen, so mit Waffen am scharffen Ort geschehen, und ein fliessende offne und sichtbare Wunden machen, mehrers in dem Criminal-Process, als in den Burgerlichen

chen Procefs einschlagen, weilen aber aus jedwederer Beschädigung, wann nur kein Lebens-Gefahr obhanden ist, dem beschädigten Theil hauptsachlich die Actio injuriarum ex L. Cornelia, und die Actio de damno dato ex L. aquilia zustehet, welche beyde Burgerlich seynd, so hindert nichts, weßwegen nicht unter den Partheyen ein gütlicher Vergleich getroffen werden könne, weil solcher in all Burgerlichen Sachen und Klagen frey und erlaubt ist, wo entzwischen dem Richter sein Recht in salvo bleibt, daß er dergleichen muthwilligen Angreiffer nach Beschaffenheit der That mit gemäßner Straff belegen kan, und obwohlen der Art. meistens von offner sichtbarer Wunden redet, so hat doch diß auch Platz bey anderen Verletzungen, von welchen wir kurtz zuvor gesagt haben, das ist, bey Verränckung der Glieder, Bein-Brüch, und dergleichen, weilen bey all disen gleiche Ursach obwaltet. Was aber in Vergleich kommen müsse, ist schon oben sattsam ausgelegt worden, nemlich was die Actionem injuriarum belangt, die zu Geld angeschlagne Injuri, und was die Actionem L. aquiliæ betrifft, aller Schaden, und Lucrum cessans.

Der vierte Articul.

Klagt einer den andern an, er hab ihn geworffen, geschlagen, oder gestossen, mit einem Brügel oder Stecken, oder welcherley Wöhr er in der Hand gehabt hab, das soll der Beklagt, wo es auf sein Widersprechen auf ihne, wie recht, erwiesen würdet, büssen, als um Rauffen, Schlagen, und Stossen vorgeschrieben stehet; Seynd es aber offen Blut-Runst, so soll er sie dem Kläger, und dem Gericht, ihr jeglichem bessern und büssen, wie ein sichtige Wunden, nach Innhalt des obgesetzten ersten Articuls. Embrech aber der Antworter dem Kläger, so soll der Kläger ihme den Gerichts-Kosten und Schaden, was er nach Ermässigung und Tax des Richters mit seinem Eyd beredt, daß er des Schadens genommen hab, ablegen, und dem Richter halb so vil zu Buß geben.

Summaria.

1. Wann Schaden zugefügt worden mit Werffen, Schlagen rc. ob dergleichen denen fliessenden Wunden gleich gehalten werden?
2. Ob einen die Betrunckenheit von solcher *Injuri* und Schadens Ersetzung entschuldige?
3. Ob das böse Gemüth des *Injuriant*en erfordert werde, und aus was für Umständen solches *præsumirt* werde?
4. Weil ein Vatter, oder Ehe-Mann die dem Sohn oder Frau zugefügte *injuri* rächen können, wann der Sohn oder Frau solche nachgesehen hat, ob der Vatter und Ehe-Herr solche *vindicir*en könne?
5. Wann der *injurir*ende sagt, er habe diß oder jenes von einem anderen gehört, ob dise Entschuldigung gelte?
6. Wann der *injurirt*e nachdem in erster *instanz* geendigten Stritt stirbt, ob denen Erben die *Appellation* zugelassen werde?
7. Wird die Gewohnheit gelebt, Krafft welcher in etlichen Orten dem *injurirt*en die Abbittung geschehen muß.

1. Es scheint diser Art. seye lediglich überflüssig, weil alles, was hier widerhollt wird, schon in dem 1. Art. enthalten ist, ausser daß diser letzter Art die durch Werffen, Schlagen rc. und dergleichen Act zugefügte Schäden denen fliessenden Wunden vergleicht, und noch einmal beysetzt, daß ein Unterschied zu machen seye, ob dergleichen Beschädigungen offen und sichtbar seyen, also daß darüber geschworen werden könne: Und dahero, wann einer mit einem Brügel oder Stecken, oder anderen nicht schneid- oder stechenden Eisen also geschlagen worden, daß der Beschädigte offentliche Geschwulsten hat, so ist der Beschädiger seinem Gegen-Theil zur solchen Satisfaction, und dem Richter in die Straff verfallen, welche wegen der fliessenden oder Bogen-Wunden præstirt werden muß, bey welchen die Wunden offen stehen. Und hier hat der geneigte Leser die Materi der Injurien nach unsern obscuren Articuln sattsam ausgelegter vor Augen, welcher wir unsern Brauch nach etwelche Fragen beysetzen werden, welche öffters fürfallen.

2. Die erste Frag ist, was von denen Betrunckenen zu sagen seye, weilen meistens die gemeine, und Bauers-Leuth sich wegen der Trunckenheit entschuldigen, und dergleichen thun, als wüßten sie um die

zugefügte Injuri und Schaden nichts? Und gemeiniglich zwar wird darfür gehalten, daß ein voller Zapff um die Injurien nicht gehalten seye, weil erachtet wird, es gehe der Consens und Willen zu injuriren ab, absonderlich wann nach ausgeschlaffnen Rausch der Injurirende, nachdeme er seiner verübten That erinnert worden, so gleich Reu bezeigt, welches doch bey jenen nicht Platz hat, welche sich täglich voll sauffen, wohl Wissende, daß sie als besoffen in allerhand Injurien und Schmach verfallen, dann dise verdienen auf keine Weiß eine Verzeyhung. Gail. lib. 2. obs. 110. n. 29. Menoch. de arbit. Jud. lib. 2. cent. 4. cas. 326. n. 8. Perez ad tit. Cod. de injuriis n. 3. Zoësius ibidem. quæst 1. Obwohlen aber die Trunckenheit zu Zeiten die Injuri entschuldiget, weil auf jenen kein Verschulden fallen kan, der nicht beym Verstand ist, so seye doch ein solcher nicht unbestrafft zu lassen lehret gantz recht Idem Gail. 2. observ. 110. n. 24. In der obern Pfaltz ist ein besonders Statutum, daß die Trunckenheit von Burgerlichen Actionibus, und in deren Nahmen zustehenden Straffen niemand excusiren, ja daß ein solcher schwärer bestrafft werden soll, als wann er wäre niechter gewesen.

3. Die andere Frag ist, weilen die Ehren-verletzliche Lästerer öffters ihre Wort und Werck mit dem Vorwand entschuldigen, daß sie diß oder jenes nicht böß gemeynt haben, ob und wie weit ein solcher Vorwand Platz habe? Und wir antworten, mit disem Unterschied, dann entweders seynd die Wort und Werck also beschaffen, daß sie eine wahre Injuri in sich enthalten, oder seyn zweyffelhafftig und ungewiß, also daß sie gut und böß können angenommen und verstanden werden. In dem ersten Casu wird ein solches Gemüth præsumirt, wie die Wort und die Werck lauten, also daß auf solchen Vorwand kein Acht zu geben ist, Menoch. de præsumpt. lib. 5. cap. 3. absonderlich, wann der Injuriant kein gutes Lob hat, und ein Mensch von schlechten Leben, und zum lästern geneigt ist, dann ein solcher wird præsumirt in Worten zu seyn, wie sein Leben ist, also daß in einem bösen Menschen allzeit ein böses Gemüth præsumirt wird; Aber in dem anderen Casu, wann die Wort und Werck an sich selbsten nicht injurios seynd, sondern gut und böß ausgelegt werden können, und jener, der für einen Injurianten gehalten wird, sonsten von guten Leben und Leumuth ist, so ist besser, daß der Schuldige absolvirt werde, als daß er in Zweyffel condemnirt werde. Idem Gail. 2. obs. 106. n. 6.

Die dritte Frag ist, weil obbesagter massen ein Vatter die dem Sohn zugefügte Injuri, und der Mann die dem Weib zugefügte Injuri vindiciren und rächen kan, ob, wann der Sohn oder das Weib die Injuri nachgelassen hat, nichts desto weniger der Vatter und Mann solche Injuri verfolgen könne. Und es wird mit Ja geantwortet, weil die Actio injuriarum, welche dem Vatter und Mann zustehet, ein separirte, und unterschiedene Action von des Sohns, und des Weibs Action ist, und also wird solche durch des Sohns oder Weibs Nachlassung nicht ausgelöscht, ja, weilen dem Vatter oder dem Ehe-Mann wegen der dem Sohn oder Weib zugefügten Injuri ein dopplete Action zustehet, das ist, in eignen Nahmen weil der Vatter und Sohn, der Ehe-Mann und Ehe-Frau für ein Persohn gehalten wird, daß folglich der Vatter und Ehe-Mann selbst in eigner Persohn injurirt seynd, und in Nahmen des Sohns oder Hauß-Frau jede Actio dem Vatter und Ehe-Mann in salvo verbleibt, wann schon der Sohn, und Ehe-Frau die Injuri frey nachgesehen, L. in persona 30. ff. de pactis. Weil ein Vergleich, so in einer anderen Sach, oder mit einer anderen Persohn geschehen ist, in einer anderen Sach, oder anderen Persohn nit schadet. L. si unus 27. §. pacta. ad fin. ff. de pactis. 4.

Die vierte Frag, und gar offt geschehende Injuri Entschuldigung ist, da sie sagen, daß sie dise oder jene einem Unschuldigen zugestoßne Lästerung von anderen gehört haben, aber auch dise Entschuldigung ist ohne Krafft, dann obwohlen recht wahr seyn mag, daß der Ehren-Betaster solche von anderen gehört habe, so ist ihm doch nicht erlaubt gewesen, solches auszublauderen, weil præsumirt wird, daß solche Ausblauderung anderst nicht als aus einem bösen Gemüth geschehen, und also injurios seye, wann es nicht villeicht eine solche Lästerung ist, welche das gemeine Weesen wissen soll, und von der Persohn, so solche ausgibt, eine gelindere Præsumption kan geschöpfft werden, Krafft dessen, was wir in vorgehenden Titul gesagt haben. Dann weilen jener von der Action injuriarum frey ist, welcher dem anderen in oder ausser Gericht ein dem gemeinen Weesen unterworffnes Laster vorwirfft, und sich erbiettet, solches zu erweisen, so scheint, daß auch jener von der Action injuriarum loß seye, der dem anderen ein Laster vorgeworffen, mit dem ausdrucklichen Beysatz, daß er solches geschehen zu seyn von anderen gehört habe, wann er nur probiren kan, solches von Glaubwürdigen gehört zu haben, weil sol- 5.

ches Hören den Injurianten von calumniosen Gemüth entschuldiget, Ant. Faber in suo Cod. de injuriis. defin. 5. per totum & Jul. Clarus. in pract. crim. quæst. 62. n. 8. Wo der geneigte Leser sehen kan, was für ein Unterschied seye, sich allein in blossen Ruff gründen, und sich gründen auf dem Hören Sagen von glaubwürdigen Leuthen.

6. Die fünffte Frag ist, weil wir in vorgehenden erwiesen haben, daß die Actio injuriarum nach beschehner Kriegs-Befestigung auf die Erben überfalle, ob wann in der ersten Instanz der Beklagte ledig gesprochen worden, und ehe von des Klägers Erben die Appellation introducirt worden, der Lästerer gestorben, ob dannoch die Erben des Klägers den Stritt in Appellatorio fortsetzen können? Und wir antworten mit Ja, dann obschon præsumirt werden kan, daß der Injurirte from und Christlich Verstorbene seinem Gegner die Injuri nachgesehen habe, jedoch, weil die Kriegs-Befestigung die Würckung hat, daß die Actio injuriarum verewiget wird, und denen Erben zufalle, und hingegen præsumirt werden kan, daß der Verstorbere mehrers den Gemüths-Grollen aus Christlicher Lieb nachgelassen habe, als sein aus der Kriegs-Befestigung zustehendes Recht, so kan kein Zweyffel seyn, daß nicht denen Erben die Appellation zugelassen seye, es muß also die nach der Litis Contestation beschehne Injuri Nachsehung ausdrucklich probirt werden. Idem Faber loc. cit. defin. 2. & Julius Clarus in pract. crim. quæst. 58. n. 38. & seq. wo er n. 40. beysetzt, daß die Nachsicht durch ein offentliches Instrument geschehen müsse, welches doch wir nicht glauben, weil die Auslöschung der Injurien so favorabel ist, daß sie mit Wincken und Zeichen, und durch blosse Dissimulirung geschehen kan.

Wir vermeynen, daß jene Gewohnheit sehr löblich seye, wodurch an einigen Orten eingeführt worden, daß der Lästerer mit brennender Fackel, mit blossen Füssen, und mit angelegten Hemmet die Injuri abbitten, und Verzeyhung begehren müsse, damit er durch solchen offentlichen Spott und Schand erlehrne, daß ihm nicht erlaubt seye künfftig mehr andere zu lästeren. In Decret. Gratiani part. 2. quæst. 3. causa 1. 7.

Des XLIX. Tituls

Welcher massen die neuen Land-Recht die Handlungen mit Rechtfertigung binden, und zu verstehen seyn.

Erster Articul.

Zu wissen, daß dise neue Land-Recht und Articul, allein die künfftige Händel, die sich nach Annemmung und Oeffnung derselben begeben, und ihren Anfang genommen haben, mit Rechtfertigung binden. Auch die Contract und Dispositiones, so jemand ausser Lands nach Gelegenheit jedes Orts gemacht und aufgericht, durch die Land-Recht nicht aufgehebt seyn.

Auch in dem allem und jeden uns und unsern Erben, und Nachkommen, regierenden Fürsten, vorbehalten seyn, mit Rath unser lieben und getreuen Landschafft, nach Gelegenheit und Erforderung der Händel und Fäll, so vil nach Gestalt derselben gebührt, billig und recht ist, künfftiglich noch mehr Erklärung und Erläuterung zu thun. Auch die Titul Gesatz und Articul dises Buchs füran, so des bewegliche und nothdürfftige

tige Ursachen fürfallen wurden, zu bessern, darzu neue und mehr andere Gesatz fürzunemmen, wie dann daß unser Hertzogthumen, und gemeines Nutz billige Nothdurfft hernach erforderen würdet.

Summaria.

1. Ob die Bayrische Statuten allein in zukünfftigen und nicht verwichnen Fällen zu beobachten seyen?
2. Ob die hangende Stritt-Händel nach dem neuen Recht zu richten seyen?
3. Ob dise Statuten auch die Contract und Verordnungen, so ausser Land gemacht worden, binden?
4. Der Fürstliche Gesatz-Geber thut seinen Nachfolgern das Recht dise Gesatz mit Rath der Land-Ständ zu erklären, und zu erläutern, und neue Gesatz beyzusetzen vorbehalten.

1. UNser Durchleuchtigister Gesatz-Geber schließt in disem letzten Titul die Bayrische Verordnungen mit sonst an sich selbst bekannten Erinnerungen, deren die erste ist, daß sie allein in künfftigen, und nicht in vergangenen Geschäfften beobachtet werden müssen. L. leges 7. Cod. de leg. Weilen die Gesatz allein auf die künfftige Sachen gehören, und nicht auf die vergangene, und die Form denen Sachen, so nach der Publication neuerlich geschehen, und nicht welche schon geändert und ausgemacht seyn, geben, cap. cognoscentes 2. & cap. quoniam X. de constit. L. ult. in fin. vers. in futuris. Cod. de locat. Gail. 2. obs. 9. n. 3.

2. Was ist aber zu sagen von denen Händlen, welche zur Zeit der Publication des neuen Gesatz noch unausgemacht seynd? Und es sagt gantz recht Wesenbec. de leg. n. 4. daß auch dise nach dem alten Recht müssen ausgemacht werden, wann nicht im neuen Gesatz ausdrucklich enthalten ist, daß auch die unausgemachte Händel nach dem neuen Gesatz müssen ausgemacht werden. Krafft des Text in L. sancimus 21. §. fin. Cod. de SS. Eccles. dann was verstrichen ist, das kan der Regul, welche noch nicht ist, nicht unterworffen seyn, wie gesagt wird in Novell. 18. cap. 5. in fin.

Die andere Erinnerung ist, daß dise neue Statuten die Contract und Verordnungen nicht binden, welche einer ausser Land nach denen allda obwaltenden Gewohnheiten und Recht gemacht hat, aus Ursach, weilen die Contract nach jedes Orts Gewohnheiten geschlossen werden. Gail. 2. obs. 8. n. 6. Wovon wir auch anderst wo geredt haben. 3.

Die dritte Erinnerung ist, daß der Fürstliche Gesatz-Geber ihm und seinen Nachfolgern ausdrucklich vorbehalte, dise neue Bayrische Verordnungen mit Rath der Lands-Ständen zu erklären, und zu erläuteren, und künfftig, wann es die Noth und der Nutz des Vatterlands erfordert, neue Gesatz beyzurucken, und die gegenwärtige zu ändern, auszulegen, und abzuthun, dann das höchste und fürnehmste Gesatz ist das Heyl des Volcks, dem all andere Gesatz weichen müssen, wann der Lands-Fürst findet, daß das Heyl des gemeinen Weesens solche Abänderung, Abthuung, oder Erklärung erfordere. 4.

Der anderte Articul.

UNd sollen auch dise neue Land-Recht, allen Ständen denen von Prälaten, vom Adel, den Städten, und Märckten, an ihren sonderbaren Rechten, und Freyheiten, allermassen in dem 15. Articul vierten Theils der Lands-Freyheit, mit mehrerm gemeldt ist, unnachtheilig seyn.

Summarium.

1. Der Lands-Fürst erklärt sich, er wolle nicht, daß dise neue Land-Recht denen Freyheiten oder Rechten der Land-Ständen schädlich seyn sollen.

1. DIe vierte Erinnerung ist in disem Art. begriessen, daß nemlich dise neue Statuten denen Lands-Ständen, das ist, Prälaten, Edel-Leuthen, Städt und Märckten an ihren Rechten und Freyheiten nicht schädlich seyn sollen,

dann es ist bekannt, daß einige Ständ, absonderlich aber einige Städt von denen Lands-Fürsten schöne und vortreffliche Freyheiten entweders verdient, oder erhalten haben, eben darum nun, weilen die Freyheiten gleichsam ein privat und besonderes Recht seynd, und also denen allgemeinen Gesatzen nicht unterworffen liegen, wann sie nur im würcklichem Gebrauch und Observanz seynd, welche öffters mehr als die Freyheiten selbsten in Disput gezogen wird, und nicht unbillig, weilen solche absonderlich fremde Privilegia, so wider die rechtliche Vernunfft gehen, durch nicht Gebrauch verlohren gehen, welches wir hier weiters auszuführen nicht verlangen.

Der dritte Articul.

Es sollen auch hie obgesetzte Titul, derselben Articul und Gesatz, nach ihrem Laut, und Vermög des gewöhnlich- und Land-läuffigen Bayrischen Teutschens verstanden, und aufgenommen werden, also, wann jemand sich unterstehen wurde, die in Gemein oder sonder, in andere Meynung, oder in Mißverstand auszulegen, daß alsdann derselb, damit nicht soll zugelassen werden. Wo auch deßhalben einige Irrung entstünde, so sollen wir, unser Land-Hoffmeister, Präsidenten, Vice Dom, und Räthe, darum Erklärung und Entschied zu geben Macht und Gewalt haben, ohne Gefährde. Und wiewohl in disen Land-Rechten das Wort, Richter, offt gebraucht würdet, so hat es doch nicht den Verstand, daß es allein die Land-Richter bedeute, sondern einen jeden Richter, so vil dann eine jede Obrigkeit, in einer oder andern Sachen, von Rechts oder Gewohnheit wegen zu richten hat, wie dann ebenfalls durch die Wort mit Recht, von Recht, oder zu Recht dem summarischen Process nichts benommen seyn soll.

Summaria.

1. Ob dise Bayrische Land-Recht verstanden werden müssen nach jetzige Arth teutsch zu reden, wie in unsern Vatterland geredt wird?
2. Was das Wort Richter andeute, item die Wort mit Recht, von Recht, zu Recht?

1. Krafft dises Art. ist die fünffte Erinnerung, daß dise Bayrische Land-Recht müssen verstanden werden nach der in unsern Vatterland gewöhnliche Arth teutsch zu reden, welche heut zu Tag weit polliter ist, also solche vor Altem gewesen, wie wir in disem Werck öffters ermahnt haben, gewiß das ältiste Bayrische Recht-Buch hat so denckle und fremde Wort, daß ich mehrere hochgelehrte Männer gesehen, die deren Verstand nicht haben begreiffen kennen, wir haben uns unterstanden jenes, was in unser neuistes Statuten-Buch aus den alten übersetzt worden, auf all mögliche beste Weiß auszulegen, wann jedoch wir villeicht den Verstand der alten Wort nicht allzeit recht und sattsam getroffen haben, so verdienen wir eine Verzeyhung, und werden gern annemmen, wann andere etwas bessers aus dem Alterthum wird beyfallen.

Wie dann auch sechstens gegenwärtiger Art. denen höhern Dicasterien die Erlaubnuß gibt, das duncklere zu erklären, deren Ausspruch sich ein jeder gern unterwerffen wird.

Die 7. Erinnerung ist, daß das Wort Richter in disen Bayrischen Statuten-Buch nicht allein anzeige die Land-Richter oder Hoff-Marcks-Richter, sondern jede Obrigkeit, so recht zu richten hat. Gleichwie auch die Wort: Mit Recht, von Recht, zu Recht auf allen und jeden ordinari summarischen, Criminal und Civil-Procefs, hoch und niedere Gerichter zu verstehen seynd. 2.

Der vierte Articul.

Begebe sich ein strittiger Fall, daß weder aus eines oder anderen Stands sonderbaren Freyheiten, und anderen habenden Rechten noch

noch auch aus disem Land-Recht nicht kunte entschieden werden, so sollen alsdann die Richter handlen, und erkennen, nach Ausweisung gemeiner geschriebenen Geistlichen und Weltlichen Rechten, nach Gestaltsame eines jeden Falls, darinnen jeder Richter erkennen und urtheilen mag.

Summaria.

1. Ob aus Mangel der Statuten man nach dem gemeinen Recht sprechen müsse?
2. Ob die alte Bayrische Recht für abgethan zu halten?
3. Wann es ein Geistlicher Handel, ob man nicht vilmehr das Geistliche Recht, als das Weltliche an Handen nemmen müsse, und hingegen in Weltlichen Sachen das Weltliche Recht?

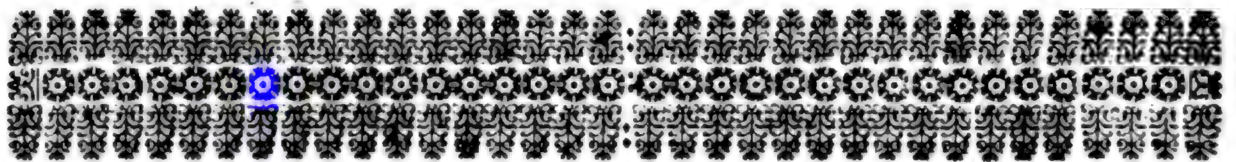
1. Endlich ist die letztere Erinnerung, daß in dem Fall, da aus disen neuen Bayrischen Land-Rechten, oder aus der Land-Stånd sonderbaren Freyheiten oder Gewohnheiten der Stritt nicht kan entschieden werden, der Recurs zu nemmen seye auf das gemeine Geistliche und Weltliche Recht?

2. Was ist aber zu sagen, weilen vile Articul in den alten Bayrischen Statuten enthalten gewesen, welche in disen unsern Bayrischen Statuten nicht widerhollt, sondern gar umgangen worden, kan wohl aus solchen ersetzt werden, was in denen neuen Land-Rechten abgehet, wie wir hierüber ein gantzes Register verfassen könnten? Und wir antworten, uns komme vor, daß die alte umgangene Recht für abgethan zu halten seyen, also daß der Abgang mehr aus dem gemeinen, als aus unsern alten privat Recht zu nemmen ist. Aus Ursach, weilen wir nicht zweyfflen, daß nicht der Durchleuchtigiste Gesatz-Geber, wann selber auf die umgangene ältere Art. hätte sehen wollen, er in disem letzten Art. solches gewiß erinnert hätte, weilen aber er das Widerspiel verordnet hat, daß der Abgang an den neuen Statuten aus dem gemeinen Recht ersetzt werden solle, so hat er eben darum sattsam angezeigt, daß jenes, was aus denen alten Statuten ausgelassen worden, für abgethan gehalten werden müsse.

Und obwohlen in disem Art. man sich auf das Geistliche und Weltliche Recht beziehet, so ist doch diß allzeit also zu verstehen, daß, wann der Handel selbst nicht Geistlich ist, auch das Gewissen nicht betrifft, unterdessen doch die Verordnung solch beyden Rechts unterschiden ist, das gemeine Burgerliche Recht vor dem Geistlichen Rechten bey uns vom Weltlichen Gericht beobachtet werden müsse. Wir haben ein klares Exempel bey Auszehlung der Grad in der Freundschafft, wo unsere Land-Recht ausdrucklich sagen, daß solche, was die Erbschafften betrifft, nach Anordnung des Burgerlichen Rechts, und nicht nach dem Geistlichen Recht geschehen müsse, obwohlen wo ein directer Unterschied unter dem Geistlichen und Weltlichen Recht nicht ist, ein das andere helffen thut, welches weiters auszuführen überflüssig ist.

Wir schliessen nun unsern Commentarium, und bitten GOtt, daß er dise unsere Arbeit unter unnutze Wort nicht zehlen wölle, wegen welchen er am jüngsten Gericht Rechenschafft forderen solle. Dann er hat uns die Gelegenheit gegeben, und die Hand wegen Neyd der anderen von publicen Sachen abgewendet, weil er vorgesehen hat, daß wir auch im Privat-Recht dem gemeinen Weesen und Vatterland noch etwas nutzliches erweisen können, welches wann wir werden erreicht haben, so thun wir uns die Göttliche Vergeltung, welche wir hoffen, dir aber geneigter Leser den Frucht des Neyds, wann du einen aus disen unseren Schrifften schöpffen kanst, von Grund des Hertzen consecriren.

Ende des zweyten Theils.



Register

Uber das Chur-Bayrische Land-Recht,

In welchem

Die erste Zahl den Numerum Marginalem, die zweyte aber das Blat selbsten anzeiget.

Abänderung.

Abschlaipffung.

Act.

Action.

Advocat.

Aehnlich.

Digitized by Google

Beobachten, halten.

Bereichern.

Bereicherung.

Beruffung.

Besichtiger.

Besitzer von schlechtem Glauben.

Beschädigte.

Beschreibung.

Bestands-Verleihung.

Beständner.

Digitized by Google

Betrug.

Bischoff.

Brieff.

Brucken.

Bruckhey.

Caducität.

Clausul.

Codicill.

Codicillar-Clausul.

Collation.

Commissarii.

Concubin.

Correction.

Digitized by Google

Consanquinei.

Consens.

Contract.

Defension.

Delicta.

Diebstahl.

Dienstbarkeit.

Dorff.

Edel-Leuth.

Edict.

Ehe-Mann.

Eigennutz.

Einigkeit.

Einkünffte.

Einmischen.

Einsetzen.

Encklen.

Enterbung.

Ob

Entführung.

Entschuldigung der Verweilung.

Erb.

Erbschafft.

Erbs-Einsetzung.

Erb-Gerechtigkeit.

Erneuerung.

Erweisen, probiren.

Esch-

Digitized by Google

Esch-Hay.

Exceß.

Executor.

Exequiren.

Eyd.

Falcidia.

Favor.

Fenster.

Fische.

Fischbehalter.

Fleiß.

Fluß.

Forst-Hay, Forst-Knecht.

Fried

Fried.

Fried-Bruch.

Früchten.

Fuhrmann.

Fürst.

Garb.

Garten.

Gast-Recht.

Gäst.

Gebrauch.

Gehäßige Sachen.

Gemeind.

Gemüth.

Gepfändte.

Gericht.

Gesätz.

Gewohnheit.

Gilt und Stifft.

Glaub, guter.

Digitized by Google

Hand-

Handwercks-Leuth. Werck-Leuth.

Hayen.

Heimsuchung.

Herr.

Digitized by Google

Heyrath-Guth.

Hoff-Bau.

Höll.

Register über den II. Theil.

Hütter.

Hypothec.

Jagd.

Jahre, wolfeile.

Injurien.

Instrument.

Insul: vulgo Wehrd.

Intention.

Inventarium.

Digitized by Google

Jurisdiction.

Kinder.

Kinder, legitimirte.

Kinder, so aus verdammter Geburt seynd.

Kinder, uneheliche.

Unzucht

Kläger.

Knecht.

Kösten.

Land-Richter.

Laster.

Lehen-Guth.

Lehen, zu Lehen bringen.

Lehr-Jung.

Leib-Geding.

Leib-Recht.

Lidlohn. vide Lohn.

Lieferung.

Linie.

Mayer.

Digitized by Google

Meil.

Mit-Schuldner.

Mund.

Nachfolger.

Nachlassen.

Digitized by Google

Nachläßig.

Neubruch.

Neustifft.

Niemand.

Notarius.

Nothdurfft.

Noth-Gebühr.

Ob

Novella.

Nutz.

Obligation.

Obsignation.

Particula.

Pauperies.

Peculium.

Persohn.

Persohnen die in Würden stehen.

Portion.

Posthumus.

Prälat.

Præsumption.

Privilegien, Privilegirter.

Prob.

Proceß.

Rauff-Handel.

Recht.

Recht zu deliberiren.

Recht-Einstand.

Recht-Legitimations.

Digitized by Google

Recht - Repræsentations.

Recht - Retentions.

Recht - Siglungs.

Recht - Waid.

Recognition.

Recurs.

Reisende.

Restitution.

Digitized by Google

Retorsion.

Reußen.

Richter.

Der

Sach.

Schaden.

Schalckheit.

Scharwerck oder Fron-Dienst.

Ob

Schatz.

Schätz-Männer.

Schätzung.

Schied-Leuth.

Schiff- und Floß-Leuth.

Schlagen.

Schmach-Schrifft.

Schnitt.

Schuld.

Schwören.

Sedel-Hoff.

See.

Seiten-Freund.

Sichel.

Ob

Straffen.

Stritt und Strittling.

Substanz.

Substitutio pupillaris.

Succession.

Wann

Sündigen.

Termin.

Testament.

Testiren.

Testirer.

Tod.

Trebellianica.

Trunckenheit.

Ubergab.

Ungehorsamer.

Untauglich.

Unterhaltung.

Unterschied.

Unterthanen.

Unwissenheit.

Urkunden, schrifftliche.

Ursachen.

Veräusserung.

Verbesserung.

Verbrechen.

Vergleichung.

Verjährt.

Verjährung.

Verleichung. Verstifftung.

Verrechnen.

Was

Verrichtung.

Verruckung der Marck-Stein.

Verstehen.

Vertauschung.

Verwalter.

Verweilung.

Verwerffung.

Verwundte.

Verzicht.

Vieh.

Vogelfang.

Vogtey.

Vorbehalt.

Wägen.

Waffen.

Wahl.

Weeg.

Weichung.

Werth.

Weyden.

Widersetzen.

Wircken.

Wirth.

Wort.

Zäun.

Zehend.

Zehend-Groß.

Zehend-Klein.

Zehenden.

Zehend-Herr.

Zehend-Recht.

Zehlung der Graden.

Zeit.

Zerfallen.

Zernichten.

Zertrimmerung.

Zeugen.

Zubau.

Digitized by Google

Ende des Zweyten Theils.

Digitized by Google

Digitized by Google